Die materiellen Prozefsverträge und ihre praktische Bedeutung im Scheinprozesse.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT
WÜRZBURG

ZUR ERLANGUNG DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

AGAD. LAUBAT. BIBL.

Claus Reichenheim
Kammergerichtsreferendar aus Berlin.

BERLIN.
UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKEREI VON GUSTAV SCHADE (OTTO FRANCKE).
1912

Referent: Professor Dr. A. Mendelssohn Bartholdy

Literaturverzeichnis.

Kommentare, Lehrbücher, Monographien.

Altenrath: Grundlage und Wirkung des Schiedsspruchs. Jenaer Dissertation 1907.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bd. I, 2. Aufl., 1901.

Bornhak: Schiedsvertrag und Schiedsgericht. ZZP., Bd. 30, S. 1 ff.

Bülow: Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen. 1868.

— Gesetz und Richteramt. 1885.

— Geständnisrecht. 1899.

— Zivilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten. Arch. f. Ziv. Prax., Bd. 62, S. 1.

— Dispositives Zivilprozeßrecht. Arch. f. Ziv. Prax., Bd. 64, S. 1 ff.

— Absolute Rechtskraft. Arch. f. Ziv. Prax., Bd. 83, S. 1 ff.

— Das Geständnis. Arch. f. Ziv. Prax., Bd. 88, S. 317 ff.

— Die neue Prozeßrechtswissenschaft und System des Zivilprozeßrechts. ZZP. 27, S. 201 ff.

— Klage und Urteil. ZZP. 31, S. 191 ff.

Bunsen: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1900.

— Prozeßrechtsgeschäfte. ZZP. 35, S. 401 ff.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I u. II, 1900/05.

Dalberg: Rechtskräftiges Urteil und Verstoß gegen die guten Sitten. ZZP. 40, S. 5, 1910.

Degenkolb: Einlassungszwang und Urteilsnorm. 1877.

— Beiträge zum Zivilprozeß. 1905.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. Bd. I, 3. Aufl., 1906; Bd. II, 1. Teil, 4. Aufl., 1909; Bd. II, 2. Teil, 3. Aufl., 1906.

— Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. DJZ. S. 465 ff., 1905.

Dittrich: Die sogenannten Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse. Heidelberger Dissertation, 1908.

Enneccerus, Kipp u. Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 2. Teil, 4./5. Aufl., 1910.

Engelmann: Der Zivilprozeß. Geschichte und System. 1901.

Falkmann: Die Zwangsvollstreckung. Bd. I, 2. Aufl., 1908.
Fitting: Der Reichszivilprozeß. 12./13. Aufl., 1910.
Förster-Engelmann: Kommentar zur ZPO. 2. Aufl., 1908.
Franck: Kommentar zum StGB. 8./9. Aufl., 1911.
(Gaupp)-Stein: Kommentar zur ZPO. 8./9. Aufl., Bd. II, 1908; 10./11. Aufl., Bd. I, 1911.
Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung. 1909.
J. Goldschmidt: Materielles Justizrecht. 1905.
— Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. Fischer, 20, Teil III, 1910.
Görres: Verschulden im Prozeß. ZZP., Bd. 34, S. 1 ff.
Gradenwitz: Zwangsvollstreckung und Urteilssicherung. 1888.
Grünebaum: Vertragsmäßiger Verzicht auf die Rechtsmittel des Zivilprozesses. Heidelberger Dissertation, 1905.
Hamburger: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. Jenaer Dissertation, 1909.
Hayum: Der Schiedsvertrag. Tübinger Dissertation 1892.
Hegler: Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht. 1903.
Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
— Anspruch und Klagerecht 1900. (Neudruck 1910)
— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I, II, III. 1903/09.
— Klagerecht und Klagemöglichkeit. 1905.
— Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft. Festgabe für Gierke, 1910.
— Rechtskraft und Einrede der Arglist. Im Recht, 14. Jahrg., Nr. 21, 1910, S. 713 ff.
— System des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Teil, 1912.
Höniger: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. DJZ. 1905, S. 1005 ff.
G. Jellinek: System der subjektiv öffentlichen Rechte. 2. Aufl., 1905.
W. Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt. 1908.
Kipp: siehe Windscheid.
— Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen. 1892.
— Festgabe für Martitz. 1911, S. 210 ff.
Kisch: Beiträge zur Urteilslehre. 1903.
Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl., 1910.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I u. II, 1906.
— Zivilprozeß und Konkursrecht. Enzyklopädie S. 1 ff.
— Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.
— Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß. 1894.
— Die Grundlagen des Zivilprozesses. 1897, S. 1 ff.
— Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung. ZZP. 29, S. 1 ff.
— Prozeßrechtliche Verträge. Gruchot, Bd. 31.

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.
Kuttner: Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. Fischer, 16, Teil II, 1908.
Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 5. Aufl., 1909.
Langheineken: Urteilsanspruch. 1900.
v. Liszt: Lehrbuch des Strafrechts. 18. Aufl., 1912.
Mendelssohn Bartholdy: Grenze der Rechtskraft. 1900.
Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. I u. II, 1888.
Neukamp: Handkommentar zur ZPO. 1911.
Neumann: Handausgabe des BGB. 5. Aufl., 1909.
Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen. 1910.
Nußbaum: Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse. Fischer, 17, 1908.
Oertmann: Kommentar zum BGB. Bd. I u. II, 1908/10.
v. Ohmeyer: Verfügung über künftige Rechte. 1909.
Pagenstecher: Materielle Rechtskraft. 1905.
— Wesen der Rechtskraft. ZZP. 37, S. 1 ff.
— Lehre vom Rechtsschutzanspruch des Beklagten. Arch. f. Ziv. Prax., Bd. 17, S. 97 ff.
— Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. JW. 1908, S. 187 ff.
Petersen-Anger: Kommentar zur ZPO. 5. Aufl., 1904/06.
Planck: Lehrbuch des Zivilrechts. 2 Bände. 1887/96.
— Kommentar zum BGB. Bd. I. 1903; Bd. II, 1907.
Pollak: Gerichtliches Geständnis im Zivilprozesse. 1893.
Rehbein: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. DJZ. 1905, S. 1109 ff.
Reincke-Wienstein: Kommentar zur ZPO. 6. Aufl., 1910.
R. Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. umg. Aufl., 1910.
K. Schneider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB. 1902.
— Treu und Glauben im Zivilprozeß. 1903.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl., 1904.
Schwalbach: Rechshängigkeit und formelle Rechtskraft. Arch. f. Ziv. Prax., Bd. 64, S. 256 ff.
Seba: Das außergerichtliche Geständnis. Rostocker Dissertation 1904.
Seckel: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. Festgabe für Fischer, 1903.
Seuffert: Kommentar zur ZPO. 11. Aufl., 1910/11.
Sintenis: Der simulierte Prozeß. Breslauer Dissertation 1902.
Skonietzky-Gelpcke: Kommentar zur ZPO. I. Teil, 1911.
Staub: Kommentar zum HGB. 8. Aufl., 1907.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 7./8. Aufl.

Stein: Das private Wissen des Richters. 1893.
— Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidung. 1897.
— Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage. 1903.
— siehe Gaupp.
Struckmann-Koch: Kommentar zur ZPO. 9. Aufl., 1910.
Troll: Das Versäumnisurteil nach der ZPO. 1887.
Trutter: Prozessualische Rechtsgeschäfte. 1890.
Wach: Handbuch des Zivilprozeßrechts. Bd. I, 1885.
— Der Feststellungsanspruch. 1888.
— Vorträge über die ZPO. 2. Aufl., 1896.
— Das Geständnis. Arch. f. Ziv. Prax., Bd. 64, S. 101 ff.
— Urteilsnichtigkeit. Rhei, Z. f. Z. und Pr. R., 4. Heft, S. 373 ff., 509 ff.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903/05.
Wendt: Die Exceptio doli generalis im heutigen Recht. Arch. f. Ziv. Prax., Bd. 100.
Wilmowsky-Levy: Kommentar zur ZPO. 7. Aufl., 1895.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., 1906.

Disposition.

A. Einleitung.

§ 1. Die Grundfragen des Zivilprozesses.

B. Abhandlung.

§ 2. I. Allgemeine Betrachtungen über die Möglichkeit der prozessualen Wirkung von Parteivereinbarungen.

II. Individuelle Erörterungen der Verträge über prozessuale Befugnisse.

a) Die materiellen Verträge über subjektive Prozeßrechte.

§ 3. Die vertragliche Beschränkung des Rechtsschutzanspruches.

§ 4. Der Schiedsvertrag.

1. Er enthält keinen Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch.
2. Er ist nicht materieller Vertrag.

§ 5. Der vertragliche Ausschluß der Rechtsmittel.

1. Der obligatorische Vertrag.
   a) Als Versprechen auf prozessualen Verzicht.
   b) Als Versprechen, die Rechtsausübung zu unterlassen.
2. Der Vorverzicht.
   a) Berufung und Revision.
      aa) Geschieht der Verzicht nach den Normen des bürgerlichen Rechts?
         aaa) Entsteht ein materieller Einwand?
         bbb) Entsteht ein prozessualer Einwand?
      bb) Untersteht er der ZPO?
         aaa) Als gewöhnlicher Prozeßvertrag?
         bbb) Als Quasi-Schiedsvertrag?
            1. Wird das Urteil sofort rechtskräftig?
            2. Entsteht nur eine prozeßhindernde Einrede?

b) Einspruch.
c) Beschwerde.
d) Restitutions- und Nichtigkeitsklage.

§ 6. Verzicht auf das Rügerecht und sonstige subjektive Prozeßrechte.
§ 7. Verträge über die Vollstreckung.

b) Materielle Verträge über prozessuale Möglichkeiten.

§ 8. Vereinbarung über Rücknahme der Klage und ähnliche Verträge.
§ 9. Verträge über Beschränkung der Verteidigung.

III. Praktische Anwendung der Verträge im Scheinprozesse und ihre Folgen.

§ 10. Die Wirkung der Verträge im Prozesse selbst.
§ 11. Die Ausbeutung der Rechtskraft nach Ergehen des Urteils.

C. § 12. Ergebnis.

Anhang.

§ 1.

Während es in früherer Zeit allgemein anerkannt war, daß es dem Privatwillen gestattet sei, modifizierend in das Prozeßrecht einzugreifen und die prozessualen Rechtsbeziehungen nach Belieben zu gestalten, hat die Klärung der Prozeßrechtswissenschaft und die immer schärfer durchgeführte Lösung des öffentlichen Rechtes aus den privatrechtlichen Banden, das Prozeßrecht als ein dem Privatrecht übergeordnetes, seiner Macht entrücktes, auf eigene Kraft und Vollständigkeit angewiesenes Recht gestempelt. Die Ansicht von der Berechtigung des zivilrechtlichen Eingriffs in das Prozeßrecht, welche die dominierende Stellung desselben völlig verkannte und in den Verzichtstheorien, namentlich den Beweisverzichtstheorien gipfelte, die die prozessualen Befugnisse ohne weiteres als dem materiellen Verzicht unterliegend ansahen, ist besonders von Bülow in ihre Schranken zurückgewiesen worden; mit Recht beschuldigt er derartige Verzichtsverträge des Raubes am Zivilprozeß. „Wir dürfen nie über den Bereich der gesetzlichen Grenzen hinaus den Privatvereinbarungen eine direkte prozeßrechtsbestimmende Kraft beimessen. Die deutsche ZPO. improbiert sie. Wo ist der privatrechtliche Grundsatz nachweisbar, der den Privatwillen ermächtigte, verändernd in das Prozeßrecht, in das öffentliche Recht einzugreifen?.[1]) Ebenso, wie es für das Privatrecht feststeht, daß es nur einen Verzicht auf Rechte, nicht aber auf rechts-

[1]) Bülow: Arch. Ziv. Prax. Bd. 64, S. 67.

begründende, rechtsändernde Handlungen gibt, ebenso verhält es sich mit dem Verzicht auf prozessuale Verhandlungsbefugnisse; auch hier handelt es sich um eine persönliche Rechtseigenschaft, welche vor und über allen subjektiven Rechten steht."[2])

Der Möglichkeit dieser scharfen Abgrenzung der beiden Rechtsmaterien waren die Wege durch die Aufstellung des Begriffes des publizistischen Rechtes auf Rechtsschutz geebnet worden. Hierdurch erst war der öffentliche Charakter des ganzen Zivilprozesses in das richtige Licht gerückt worden. Die Theorie des Rechtsschutzanspruches, des Rechtes gegen den Staat auf Schutz der Zivilrechte, den Wach allerdings nicht nur gegen den Staat, sondern auch gegen den Prozeßgegner sich richten läßt, ist von Hellwig und Stein mit Recht dahin modifiziert worden, daß der Rechtsschutzanspruch sich logischer Weise nicht gegen Staat und Private in Koordination richten könne, da hierdurch sein Wert gemindert und das rein publizistische Verhältnis von Richter und Partei verdunkelt wird. Das subjektive öffentliche Rechtsschutzrecht richtet sich also folgerichtiger Weise nur gegen den publizistisch Verpflichteten, den Staat.

Die Vorzüge der Rechtsschutztheorie bestehen u. E.

1. In der Grundanschauung, daß der Privatmann die Tätigkeit der Gerichte zum Schutze seiner Rechte nicht als einen Gnadenakt empfangen, sondern als sein gutes Recht in Anspruch nehmen darf.

2. In der Gemeinsamkeit und Einheitlichkeit des Grundgedankens für einen jeden Prozeß, nämlich des Erfordernisses der „Rechtsschutzbedingungen".

3. In der richtigen Erkenntnis der publizistischen Beziehung von Richter und Partei zueinander.

4. In der Ermöglichung der scharfen Trennung von Zivil- und Prozeß-, von Privat- und öffentlichem Recht, welche die Gegenüberstellung der Begriffe: „Recht gegen

---

[2]) Bülow: Geständnisrecht. S. 37 ff.

den Staat“ und „Recht gegen den Privaten“ mit sich bringen muß.

Je von der Verneinung, Anerkennung oder Modifizierung der Wachschen Theorie hängt die Auffassung über die rechtliche Struktur des Prozesses selbst ab.

I. Stellt er sich als ein Rechtsverhältnis unter den Parteien dar, welche ihren Kampf vor dem Richter ausfechten, der an dem Rechtsverhältnisse selbst nicht beteiligt ist, vielmehr nur das Ergebnis dieses Kampfes durch seinen Machtspruch feststellt[3])?

II. Besteht zwischen Richter und Parteien unmittelbar ein öffentlich-rechtliches Band derart, daß der Richter notwendiger Faktor dieser dreiseitigen Rechtsbeziehung ist[4])?

III. Stehen die Parteien nur insofern in Beziehungen zueinander, als sie demselben Gericht unterworfen sind[5])?

Die zweite Ansicht begeht u. E. den Fehler, daß sie Gericht und Partei auf eine Stufe stellt und durch diese Gleichstellung die Autorität des Richters, der als Vertreter der allbeherrschenden Staatsgewalt der Partei gegenübertritt, nicht völlig zur Geltung bringen kann. Die erste Ansicht kann zwar das Prinzip des Parteibetriebes erklären, aber auch sie ist nicht imstande, die Stellung von Richter und Partei richtig zu beleuchten, seine leitende Tätigkeit zu erfassen. Ebenso hält sie bei der Kennzeichnung des Versäumnisverfahrens nicht stand, da es trotz mangelnden Kampfes der Parteien zum Urteil kommt. Vielmehr scheint uns nur die dritte Ansicht der Sachlage gerecht zu werden. Sie faßt das Prozeßverhältnis mit Recht als ein rein publizistisches zwischen Gericht und Partei auf. Sie begründet keinerlei Rechte und Pflichten für die Parteien im Verhältnisse zueinander. Nur über das Gericht hinweg treffen sich ihre Er-

[3]) So besonders Kohler: Prozeß a. R., S. 6 ff. ZZP. 33, S. 233 usw.

[4]) So besonders Wach: I, § 4 V. Bülow: Prozeßeinrede, S. 5 ff. Schmidt: Lehrbuch, § 4.

[5]) So besonders Hellwig: Klagerecht, § 10; Laband, § 35.

klärungen und Anträge, die auch nur an das Gericht selbst zu richten sind; es wird dies namentlich im Falle eines Versäumnisurteils deutlich. Sie allein räumt dem Richter eine würdige Position ein und läßt ihn als „dominierenden Faktor“[6]) des Prozeßverhältnisses erscheinen.

Wenn auch die privatrechtliche Auffassung des Prozesses heute meistens verlassen ist, steht die herrschende Ansicht jedoch immer noch vielfach auf dem Standpunkt, daß die Parteien ihre Beziehungen zum Gericht, sofern dies nur nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, in einer vom Gesetz abweichenden Art regeln können, indem sie die Giltigkeit dieser Abmachungen dem vertragsfreien bürgerlichen Rechte zuweist. Ob derartige Abmachungen wirklich Geltung beanspruchen können, wird uns zunächst im folgenden beschäftigen.

§ 2.

Daß man nicht in beliebiger Weise das Prozeßrecht berührende Vereinbarungen treffen kann, geht u. E. schon einfach daraus hervor, daß die ZPO. gewisse Vereinbarungen besonders hervorhebt[1]). Stünde es dem Privatwillen der Parteien ohne weiteres frei, den Prozeß unmittelbar beeinflussende Verträge zu schließen, so wäre eine spezielle Normierung der genannten Prozeßvereinbarungen überflüssig. Aus dieser äußeren Betrachtung ergibt sich also schon, daß zivilprozessualen Verträgen nicht dieselbe Rechtswirksamkeit beigemessen werden kann, wie den Privatabmachungen, die nur kraft Parteiwillens in den Prozeß eingreifen sollen und eben nur dem materiellen Recht angehören können; denn eine Rechtsmaterie, welche zwischen Zivilprozeß- und Zivilrecht steht und das Ineinandergreifen der beiden behandelt,

[6]) Hellwig: Lehrbuch II, S. 34.
[1]) Vergl. z. B. § 38, 224, 227, 251 ZPO.

existiert nicht. Ein derartiger Vertrag kann also, weil er dem öffentlichen Recht nicht angehört, seine Voraussetzungen und Wirkungen nur aus dem Privatrecht schöpfen, und damit ist eigentlich schon von vornherein zur logischen Notwendigkeit gemacht, daß er auch privatrechtlich wirken muß, d. h. bürgerliche Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien gestaltend, nicht aber dem öffentlichen Recht angehörige Rechtsbeziehungen, die die Partei mit dem Gerichte verbindet. Da das Prozeßrecht zur Durchsetzung der zivilen Ansprüche bestimmt ist, ist es u. E. überhaupt kaum erklärlich, wie ein Recht, das zur Verwirklichung des untergeordneten Rechtes bestimmt ist, in der Weise beeinträchtigt werden soll, daß es zum Gegenstand einer Vertragskategorie gemacht wird, die zur Realisierung eben wieder dieses höheren Rechtes bedarf. Es müßte dann wiederum ein übergeordnetes Recht geben, das diesen Zwischenverträgen Wirkung verschaffen würde, da der Privatwille allein einen Privatvertrag nicht zum öffentlich rechtlichen Vertrage stempeln kann.

Die höchstpersönliche Beziehung zwischen Gericht und Privaten könnte höchstens durch publizistische Abmachung zwischen ihnen geändert werden. Eine solche ist aber, da das Gesetz dem Richter streng bindende Schranken zieht, undenkbar. Umsomehr ist also eine den Richter bindende Privatvereinbarung unmöglich, da das Gesetz stärker ist, als der ihm subordinierte Privatwille. Es scheint uns hier nicht einmal die grundsätzliche Auffassung über die rechtliche Struktur des Prozesses ausschlaggebend zu sein. Selbst die privatrechtliche Kohlersche Auffassung des Prozesses als eines Rechtsverhältnisses unter den Parteien, kann nicht den Unterschied zwischen Privatrecht und dem es realisierenden Prozeßrecht in der angegebenen Weise durcheinander mengen. Wenn auch an und für sich ein Rechtsverhältnis unter den Parteien von ihnen beliebig gestaltet werden kann, so scheint uns das keine Begründung dafür, daß hierdurch eine prozessuale Bindung für Richter

und Partei eintreten könnte. Zunächst einmal stände eine solche schon im Widerspruch mit dem Gedanken des „Kampfes vor dem Richter“ im Sinne Kohlers. Denn, wenn vor ihm der Streit ausgefochten wird, ist nicht einzusehen, wie ein die Art der Austragung dieses Streites betreffender Vertrag, wenn er nicht gutwillig eingehalten wird, sich aus eigener Kraft derart durchkämpfen könnte, daß der Richter seine freie, nur dem Gesetz unterworfene Entschließung ihm unterordnen müßte, und der möglich bleibende Widerstreit der Gegenpartei nach dieser Richtung hin kraftlos werden müßte. Erschwerend gegen die Wirksamkeit solcher Verträge, welche prozeßrechtliche Befugnisse einschränken wollen, fällt noch vollends ins Gewicht, daß sie auch schon vor dem Prozeßbeginn geschlossen werden können, ein gestaltungsfähiges Rechtsverhältnis unter den Parteien aber erst mit der Erhebung der Klage entstehen würde, vor seiner Entstehung also auch nicht modifiziert werden könnte[2]). Also auch die privatrechtliche Auffassung des Prozesses ist nicht imstande, den Übergriff des Zivilrechts in das Prozeßrecht zu rechtfertigen, und sie würde somit dem Richter, der nicht über, sondern unter dem Parteiwillen stände, eine unwürdige Stellung zuteilen.

§ 3.

Während wir bisher versucht haben, von allgemeinen Gesichtspunkten aus die Unmöglichkeit der Beeinträchtigung des Prozesses infolge von Privatabmachungen darzutun, durch Hinweis auf die dominierende Stellung des Prozeßrechts, handelt es sich jetzt im speziellen darum, ob die Parteien, die ja, soweit ihnen nicht das Gesetz eine Schranke zieht, über ihre Privatrechte nach Belieben zu disponieren befugt sind, auch die Fähigkeit

[2]) Dies gilt insbesondere für die Kohlerschen „Exklusivverträge“ (Beiträge, S. 130—163. Gruchot, Bd. 31, S. 276—324, 481—534).

besitzen, über ihre konkreten, öffentlichen Rechte derart Verfügungen zu treffen, daß diese Rechte zum Erlöschen gebracht oder vom Gegner entkräftet werden können. Ehe wir die einzelnen Prozeßrechte selbst ins Auge fassen, wird zunächst die Möglichkeit und Wirksamkeit einer Verfügung über den Rechtsschutzanspruch, das Hellwigsche Klagrecht, in Betracht zu ziehen sein.

Ist ein den Rechtsschutzanspruch zerstörender Verzicht möglich? — Da eine öffentlich-rechtliche Vorschrift über den Verzicht auf das Klagrecht nicht besteht, so könnte er sich in Ermangelung dessen nur nach den Vorschriften des Privatrechts richten, und zwar wäre nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit des BGB. eine derartige Verfügung über das publizistische Recht höchstens im Wege des Vertrages[1]) möglich. Bei Erörterung dieser Frage ist es u. E. wertlos, zu sagen, mit dem Verzicht auf das Klagrecht sei ein Erlaß des materiellen Anspruchs oder Ähnliches gemeint. Es handelt sich gerade um die theoretisch wichtige Frage, ob der Verzicht auf das Klagrecht, durch den der zivile Anspruch unberührt bleiben, und nur das publizistische Durchführungsrecht beeinträchtigt werden soll, überhaupt konstruierbar ist. Daß diese Zweiteilung sich nicht rechtfertigen läßt, geht zunächst daraus hervor, daß, wenn auf das Klagrecht verzichtet, der materielle Anspruch aber nicht erlassen wird, mit der Zession des Anspruchs im Zessionar das Klagrecht wieder aufleben würde, der vorherige Verzicht auf das höchstpersönliche Recht also ohne weiteres wirkungslos wäre. Ebenso ist nicht einzusehen, warum das Klagrecht dann nicht auch der übrigen Rechtgeschäfte des Zivilrechts fähig sein, z. B nach Analogie der Ansprüche zediert werden sollte. Diese Loslösung der beiden sich ergänzenden Rechte ist, da der Rechts-

[1]) Die herrschende Ansicht sieht mit Recht in dem Verzicht auf Gestaltungsrechte) Dritten gegenüber einen Vertrag. (Vergl. die Analogie des § 397 BGB.)

schutzanspruch eben nur als die publizistische Kehrseite des materiellen Anspruchs erscheint, ebenso undenkbar, wie die Loslösung eines Körpers von seinem Schattengebilde. Aber auch wenn das Klagrecht ohne Anspruch besteht, wie im singulären Falle der Feststellungsklage, so ist die Sachlage nicht verschieden: denn die Feststellungsklage knüpft sich ebenfalls an ein Rechtsverhältnis und ist also auch nur ein publizistischer Annex der privaten Rechtslage.

Im übrigen ist u. E. wie für den Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch, ebenso überhaupt für jeden vertraglichen Verzicht auf publizistische Rechte, folgendes von Bedeutung: Wenn die Entäußerung eines subjektiven, öffentlichen Rechtes dem Staate gegenüber der Natur der Sache nach ausgeschlossen ist, so erscheint es um so schwerer konstruierbar, daß man einem Dritten gegenüber mit Wirksamkeit ein Recht zum Erlöschen bringen kann, dessen Aufgeben dem Verpflichteten selbst gegenüber unmöglich ist. Wie kann durch den Verzicht dem Privaten gegenüber das interne, publizistisch unverrückbare Band, welches Staat und Bürger miteinander verbindet, berührt werden? Zur Erläuterung dieser Frage sei es uns gestattet, einen wesensähnlichen Fall aus dem reinen Zivilrecht heranzuziehen: Dem B gegenüber verzichtet A auf das Recht, gegen eine Forderung des C aufzurechnen, ihm gegenüber einen Vertrag anzufechten, zu kündigen oder ein sonstiges „Recht des rechtlichen Könnens". Wird das Rechtsverhältnis zwischen A und C durch diesen Verzicht tangiert? Dies ist zu verneinen! Denn wenn A dem C gegenüber trotzdem von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch macht, so läßt sich die Wirksamkeit dieser Rechtsausübung zweifellos nicht beanstanden[2]). Er erhält durch den externen Vertrag nicht die rechtliche Möglichkeit, der Geltendmachung des internen Rechtes die Wirksamkeit zu entziehen. Und in diesem Falle kommt noch erleichternd

[2]) Ähnlich ist die Rechtslage im Falle des § 137 BGB.

hinzu, daß der Verzicht dem Verpflichteten selbst gegenüber ohne weiteres gültig sein würde[3]).

Wie läßt sich überhaupt der Gedanke, daß ein ziviler Vertrag nur publizistische Wirkungen haben solle, begrifflich rechtfertigen[4])? Dies ist eine contradictio in adjecto. Ein ziviler Vertrag hat zivile Zwecke und Wirkungen und, wenn diese auf zivilem Wege nicht erreicht werden können, werden sie mit Hilfe des öffentlichen Rechts durchgesetzt. Ein publizistischer Vertrag, mag er rein staatsrechtlich, kirchenrechtlich oder prozessual sein, hat naturgemäß nur publizistische Wirkungen und untersteht seinen eignen Normen, dem öffentlichen Recht. Ein Zwittergebilde, wie ziviler Vertrag mit nur publizistischer Wirkung bedeutet also von vornherein einen Widerspruch. Es wird dies besonders deutlich, wenn man auch noch den Verzicht auf andere publizistische Rechte zum Vergleiche heranzieht, wie z. B. das Recht auf Unterstützungswohnsitz, das Recht, Privatklage zu erheben, das strafrechtliche Antragsrecht, das Patronatsrecht, die Rechte aus der öffentlichen Versicherung und sonstige Rechte auf staatliche Fürsorge. Daß diese Dritten gegenüber erklärten Verzichte, welche aus dem bürgerlichen Recht stammend, das öffentliche Recht beeinflussen wollen, garnicht den Anspruch darauf machen können, ernst genommen zu werden, sondern zivilistisch und publizistisch gegenstandslos sind, ist klar.

[3]) Will man in dem Verzicht des § 306 ZPO. einen unmittelbaren Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch erblicken, so kann dieser Verzicht doch immerhin nur im Prozesse selbst vor Gericht erklärt werden.

[4]) U. E. wäre eine solche das Gericht unmittelbar berührende Wirkung nur durch Annahme eines Vertrages zu Gunsten des Gerichtes allenfalls (theoretisch) erklärlich, demzufolge für die Partei eine Pflicht zum Unterlassen der Rechtsausübung gegenüber dem Gericht begründet würde, dieses ein Recht auf diese Unterlassung erhielte. Diese Konstruktion ist jedoch juristisch widersinnig. Der publizistisch verpflichtete Staat kann der Natur der Sache nach niemals einen zivilen Anspruch auf Befreiung von einer publizistischen Pflicht erwerben. Der Staat ist kein Dritter im Sinne des § 328 BGB. Infolgedessen entfällt auch diese Möglichkeit.

Der materielle Verzicht auf ein publizistisches Recht (also auch das Rechtsschutzrecht, kann ebensowenig prozessual, wie staatsrechtlich, kirchenrechtlich oder völkerrechtlich wirken. Eine direkte materielle Einwirkung auf den Rechtsschutzanspruch ist jedoch, da ein öffentliches Recht nicht materiell geändert werden kann, ausgeschlossen. Es fragt sich nur, ob der Verzicht auf das Klagrecht auch privatrechtlich gänzlich bedeutungslos ist.

U. E. bietet die analoge Anwendung des § 185[5]) BGB. eine Handhabe, um auch die materielle Unwirksamkeit des Vertrages zu erweisen. „Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt," sonst also nichtig. Der Verzicht auf ein Recht enthält eine Verfügung darüber; unter Gegenstand ist eine Sache oder ein Recht zu verstehen, hier analog publizistisches Recht. Nichtberechtigter ist der Verzichtende, da er nicht befugt ist, über dem öffentlichen Recht entstammende höchstpersönliche Rechte Privaten gegenüber zu disponieren. Hierzu könnte ihn in analoger Anwendung höchstens der Staat ermächtigen; dieser kann jedoch ohne gesetzliche Handhabe seine Einwilligung zur privatrechtlichen Disposition über publizistische Rechte nicht geben. Infolgedessen ist die Verfügung für unwirksam, nichtig zu halten.

Es läge nun der Gedanke nahe, den Verzicht auf das Klagrecht im Wege der Konversion als obligatorischen Vertrag zwecks Unterlassung seiner Ausübung aufrecht zu erhalten[6]). Aber auch dieser Vertrag ist u. E. für nichtig zu halten. Daß durch ihn das Klagrecht nicht zum Erlöschen gebracht werden kann, ergibt sich aus dem Charakter des Vertrages. Aber die Einzwängung des publizistischen Klagrechts in die privatrechtliche Fessel derart, daß seine Ausübung zivilistisch unerlaubt wäre, ist

---

[5]) Vgl. überhaupt § 182 ff BGB.

[6]) Daß er auch als zivilrechtlicher Erlaß des Anspruchs aufgefaßt werden könnte, ist hier nicht von Wichtigkeit.

überhaupt unmöglich. Wenn durch Richterspruch das Klagrecht als berechtigt festgestellt worden ist, kann u. E. nicht eine Gegenklage begründet sein, welche Rechtsschutz deswegen fordert, weil der Gegner sein vom Gericht anerkanntes Recht geltend gemacht hat. Auch die Erwägung einer etwaigen Unterlassungsklage gegenüber der Geltendmachung des Klagrechts, wo dem klägerischen Begehren ein Rechtsschutzanspruch gegenübersteht, der dem Staat gegenüber berechtigt ist und nicht aus privatrechtlichen Gründen zurückgewiesen werden darf, beweist die Unmöglichkeit des Vertrages. Ebenso wäre die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Gebrauch des publizistischen Rechtes ausgeschlossen, da dieses stets die aus dem Privatvertrage entstehenden Gegenrechte aus dem Felde schlägt.

Zulässig ist dagegen ein obligatorischer Vertrag, durch den man sich Dritten gegenüber verpflichtet, von seinem Klagrechte gegenüber dem Schuldner keinen Gebrauch zu machen. Hier fällt der Konflikt zwischen: publizistisch rechtmäßig, zivilistisch unrechtmäßig, unter denselben Personen fort. Von einem publizistischen Rechte einen bestimmten oder keinen Gebrauch zu machen, kann man sich sehr wohl verpflichten, aber nicht demjenigen gegenüber, gegen den das publizistische Recht Front macht. Ebenso könnten u. E. Verträge, durch die lediglich die formelle Geltendmachung des Klagrechts berührt wird, z. B. das Versprechen, binnen bestimmter Frist zu klagen oder nicht zu klagen, zivilistische Rechtsfolgen hervorrufen, da hier nur die äußere Hülle und nicht der innere Kern des Klagrechts getroffen wird.

Entsprechend dem Verzicht auf das Klagrecht selbst wäre ein etwaiger Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch des Beklagten, d. h., das Recht auf Abweisung und Feststellung der Unbegründetheit der Klage, zu behandeln. Wir möchten es kurz das „Klagabweisungsrecht" nennen. Von einer näheren Erörterung über die Berechtigung und Natur dieses Rechtsschutzanspruches, die die ganzen Grund-

fragen des Zivilprozesses aufrühren würde, müssen wir hier absehen, insbesondere auch davon, ob er als ein ganz selbständiger publizistischer Anspruch oder nur als ein „Widerspiel" des klägerischen erscheint. U. E. treten im Prozesse die Rechtsschutzansprüche des Klägers und des Beklagten einander streitig gegenüber, und durch Richterspruch wird festgestellt, welcher von beiden der Berechtigte ist. War das Klagrecht unbegründet, bestand also nur eine „Klagmöglichkeit", dann ist das Klagabweisungsrecht gegeben. War das Klagrecht begründet, so bestand ein Klagabweisungsrecht nicht, sondern nur eine Klagabweisungsmöglichkeit. Sie stellt u. E. überhaupt kein subjektives Recht dar und könnte daher von vornherein nicht einem Verzicht unterliegen.

Ein regulärer Verzicht auf das künftige Klagabweisungsrecht könnte überhaupt nur in Betracht kommen, wenn mit Einverständnis des Beklagten eine unberechtigte Klage erhoben wird (wie z. B. im Scheinprozesse), und hier ist die Disposition über das öffentliche Recht unter analoger Anwendung von § 185 BGB. für nichtig anzusehen. Weder das materielle, noch das öffentliche Recht wird durch diesen Verzicht berührt.

§ 4.

Nachdem wir die prinzipielle Unwirksamkeit des materiellen Verzichtes auf den Rechtsschutzanspruch, der das zivile Recht unberührt lassen soll[1]), nachzuweisen versucht haben, fragt es sich, ob dieser an die Spitze gestellte Leitsatz nicht durch die gesetzliche Anerkennung des Ausschlusses der staatlichen Gerichtsbarkeit im Schiedsvertrag widerlegt wird, ob hier nicht die Trennung von Klagrecht und Anspruch durchgeführt ist. Die herrschende Meinung sieht in dem Schiedsvertrag allerdings einen Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch und faßt ihn als einen Vertrag des materiellen Rechtes auf. Ob diese Auffassung zu-

[1]) Übereinstimmend Hellwig, Anspruch S. 159. Lehrbuch I, S. 165.

treffend ist und unsere Ausführungen, die die Möglichkeit eines materiellen Verzichts auf publizistische Rechte in Abrede stellen, erschüttern kann, wird nunmehr Gegenstand unserer Erörterungen sein.

Wenn wir zunächst den im Schiedsvertrag angeblich enthaltenen Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch betrachten, so zeigt sich von vornherein, daß dem Rechtsverzicht, d. h. einem Aufgeben des Rechtes derart, daß es erlöschen muß, überhaupt die Begriffsmerkmale fehlen. Verzichtet man auf eine materielle Einrede, so geht diese unter. Verzichtet man vor Gericht auf eine prozeßhindernde Einrede, so wird diese unweigerlich vernichtet und kann vom Gericht nie wieder berücksichtigt werden. Durch den angeblichen Verzicht auf das Klagrecht geht dieses aber ganz offenbar nicht unter. Der Verzicht wäre nicht von amtswegen in Betracht zu ziehen. Dies ergibt sich daraus, daß das Staatsgericht ohne weiteres angerufen werden kann, und die Entscheidung des Prozesses nur abgelehnt werden darf, wenn die prozessuale Einrede des Schiedsvertrages vorgebracht wird. In Ermangelung dessen wäre der Richter trotz Kenntnis vom Bestehen des Schiedsvertrages verpflichtet, auf die Sache einzugehen, und müßte u. E. im Falle der Abwesenheit des Beklagten sogar gegen ihn ein Versäumnisurteil erlassen. Der Rechtsschutzanspruch wird also keineswegs zum Erlöschen gebracht. Ein Verzicht im technischen Sinne = Entäußerung des Rechtes liegt nicht vor. Es wird den Parteien durch den Schiedsvertrag vielmehr nur die Möglichkeit gegeben, die Geltendmachung des publizistischen Rechtes mit prozessualer Wirksamkeit zu hemmen, nicht aber das Recht als solches zu beseitigen, zumal es den Parteien freisteht, den Schiedsvertrag wieder aufzuheben, ein erloschenes publizistisches Recht aber nicht durch Parteiwillen wieder neubelebt werden könnte.

Der Schiedsvertrag gewährt also nur die Fähigkeit, das Anhängigwerden eines Prozesses vor Gericht durch Einrede zu zerstören, und begründet ein mit ähn-

licher, wenn auch geringerer Kraft ausgestattetes privates Forum, dem die Parteien sich freiwillig unterwerfen wollen. Im übrigen bleibt das materielle Recht durch den Schiedsvertrag unberührt. Die Ansprüche werden durch Abschluß des Vertrages nicht etwa eines Teiles ihrer Kraft beraubt (wie eine frühere Ansicht annahm), sondern sie bleiben genau die gleichen; nur ihre Durchsetzung nimmt einen von der gewöhnlichen Realisierung abweichenden Verlauf. Der Anspruch bleibt derselbe, das mit ihm unlöslich verbundene Klagrecht bleibt das gleiche. Die Zweiteilung von Anspruch und Klagrecht, von denen jeder seinen eigenen Weg geht, der Anspruch bestehen bleibt, das Klagrecht untergeht oder umgekehrt, ist auch hier ausgeschlossen. — Daß das materielle Recht selbst nicht verändert wird, zeigt besonders auch die Gegenüberstellung des Schiedsvertrages mit dem Vergleich; dieser begründet eventuell eine materielle Einrede gegen den Anspruch, jener lediglich eine prozessuale gegen seine gerichtliche Durchführung.

Ist der Schiedsvertrag aber überhaupt als ein Vertrag des materiellen Rechts anzusehen, d. h., als ein obligatorischer Vertrag, durch den sich die Parteien etwa verpflichten:

1. das Staatsgericht nicht anzugehen,
2. sich dem Schiedsspruch zu unterwerfen,
3. ihn zu erfüllen[1])?
4. oder gar an der Herbeiführung des Schiedsspruchs mitzuwirken.

Diese vier Punkte sind genauer zu betrachten.

ad. 1. Daß die Verpflichtung, das Anrufen des Staatsgerichts zu unterlassen, nicht obligatorischer Natur sein kann, folgt daraus, daß ein obligatorischer Vertrag eine Leistung erzwingen will, nicht aber aus eigener Kraft sich durchsetzen kann. Dieser Vertrag aber ist ohne gerichtliche Durchsetzung imstande, aus sich heraus seine Ver-

[1]) Vergl. Kohler: Grünhut 14, S. 29 ff. Ähnlich Hellwig: Anspruch S. 506.

letzung durch die Waffe der prozeßhindernden Einrede unschädlich zu machen.

ad. 2. Die Verpflichtung, sich dem Schiedsspruch zu unterwerfen, ist ebenfalls keine obligatorische (vgl. auch § 1030 ZPO.), denn er bindet die Parteien kraft des Gesetzes (§ 1040 ZPO.). Sie haben ihn sich zwar freiwillig als Surrogat der gerichtlichen Entscheidung gewählt. Ist er jedoch einmal ergangen, so entfaltet er auch gegen den Willen der Parteien seine Wirksamkeit.

ad. 3. Aus demselben Grunde ist die etwaige Erfüllungsverpflichtung ebenso hinfällig, als wenn man sich zur Erfüllung einer gerichtlichen Entscheidung im voraus zu verpflichten für notwendig hielte. Die Judikatsklage aus § 1042 ZPO. ist nicht etwa als eine materielle Klage zur Erfüllung einer Verpflichtung aufzufassen, sondern als eine publizistische. Sie bildet die notwendige Voraussetzung dafür, daß der Staat zur Ausführung des Schiedsspruches seine Vollstreckungsorgane gerechterweise in Bewegung setzen kann.

ad. 4. Daß endlich eine obligatorische klagbare Pflicht zur Herbeiführung des Schiedsspruches besteht, ist aus folgenden Gründen abzulehnen:

1. Da der Rechtsschutzanspruch gegen die Gerichte nicht untergeht, diese also an und für sich verpflichtet bleiben, so dürfte die Klage überhaupt erst angestrengt werden, nachdem das Gericht durch Vorbringung der Schiedseinrede seiner Pflicht ledig geworden ist.

2. Im übrigen ist es widerspruchsvoll, daß die Parteien, wenn sie sich des Schutzes der Gerichte zwecks Herbeiführung einer privaten Entscheidung begeben wollen, die Gerichte doch wieder um Rechtsschutz angehen, und zwar nicht zur Erzielung ihrer Entscheidung in der Sache selbst, sondern zu deren endgültiger Ausschließung und Erzwingung eines privaten Verfahrens, von dem sie kraft Willens der Parteien ausgeschlossen sein sollen. Dies würde mit der Selbständigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens nicht in Einklang stehen.

3. Außerdem gewährt das Gesetz in § 1029 ZPO. den Parteien eine Handhabe, um die etwaige Undurchführbarkeit des Schiedsvertrages infolge bösen Willens der Parteien zu verhindern. Die Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des § 1029 ZPO., den Schiedsrichter vom zuständigen Gerichte ernennen zu lassen, ist die einzige und ausschließliche publizistische Hilfe, welche der Staat den Parteien zuteil werden lassen will. Sie steht nicht etwa in Konkurrenz mit einer obligatorischen Klage. Die Parteien müssen daher den Schiedsvertrag derart regeln, daß ihnen entweder die erwähnte gesetzliche Hilfe offen steht, oder kraft der Bestimmungen des Vertrages das Ergehen einer Entscheidung nicht unmöglich gemacht werden kann. Die materielle Klage auf Erfüllung der Schiedsvertragsobligation ist also als im Widerspruch mit dem Wesen des Schiedsvertrages und insbesondere der Bestimmung des § 1029 ZPO. für ausgeschlossen zu halten[2]).

Die Pflicht zur Ermöglichung des Schiedsspruches ist keine materielle, sondern eine prozeßähnliche Pflicht. Es läßt sich wohl schwerlich sagen, daß die eine Partei einen „Anspruch" gegen die andere Partei darauf hat, daß sie zur Entscheidung über den streitigen „Anspruch" mitwirken soll. Der materielle Vertrag beschäftigt sich mit Ansprüchen im technischen Sinne, nicht aber mit der Durchführung eines prozeßähnlichen Verfahrens über den Anspruch im technischen Sinne.

Fassen wir also noch einmal unsere Gründe, die gegen die Auffassung des Schiedsvertrages als eines materiellen Vertrages sprechen, zusammen. Es sind folgende:

1. Die unmittelbare prozessuale Wirkung.
2. Die ausschließliche Regelung der ZPO.

[2]) Anders die allgemeine Meinung. Die Klage würde hauptsächlich praktisch, wenn der Beklagte allein den Schiedsrichter zu ernennen hätte. Hier wäre u. E. höchstens mit dem § 826 BGB. zu zu helfen. Die Bestimmungen der § 1036 ff. bes. §§ 1045, 1046 ZPO. widersprechen unserer Auffassung nicht: sie beweisen nur die Oberaufsicht des Gerichtes.

3. Die Bestimmung des § 1029 ZPO., die mit einer etwaigen Klage aus obligatorischem Vertrage nicht konkurrieren kann.
4. Die kraft Gesetzes eintretende Bindung der Parteien an den Schiedsspruch.

Der Schiedsvertrag ist somit nicht als ein materiellrechtlicher, sondern als ein prozeßrechtlicher Vertrag anzusehen. Die Verweisung in § 1027 ZPO. auf das bürgerliche Recht ist, da das BGB. keine Vorschriften darüber gibt, gegenstandslos und kann die prinzipielle Auffassung des Schiedsvertrages als eines materiellen Vertrages nicht rechtfertigen[3]). Es ist daher auch nicht notwendig, den Abschluß der Vereinbarung als solchen sich nach bürgerlichem[4]) Rechte richten zu lassen. Ein prozeßrechtlicher Vertrag, dessen Abschluß sich nach dem bürgerlichen Rechte richtet, ist u. E. ein widerspruchsvolles Gebilde[5]). Entweder ist der Vertrag materiell mit bloß prozessualer Nebenwirkung oder ganz prozeßrechtlich. Beiden Rechten kann er jedoch nicht zu gleicher Zeit angehören. Streng genommen ist der Vertrag auch nur prozessual in weiterem Sinne, richtiger prozeßähnlich. Denn er ist ein Vertrag, der den staatlichen Prozeß nur sekundär beeinflussen, das materielle Recht jedoch gänzlich unberührt lassen und ein Verfahren sui generis in die Wege leiten will, ein Verfahren, das nicht prozessual und nicht privatrechtlich ist, sondern auf der Grenze zwischen beiden steht. In diesem Sinne ist u. E. der Schiedsvertrag als ein Grenzvertrag zwischen Zivil- und öffentlichem Recht zu betrachten.

[3]) Ebenso Gaupp-Stein, zu § 1025 ZPO., der jedoch trotzdem eine Klage auf Erfüllung des Schiedsvertrages gewähren will. Hegler a. a. O., S. 103 u. a.

[4]) So Gaupp-Stein, zu § 1025 ZPO.

[5]) Höchstens ließe sich sagen, daß die ganz allgemeinen Vertragsgrundsätze des BGB. analog, wie auf jeden Prozeßvertrag, so auch auf den Schiedsvertrag übertragen werden können. Dies ergibt sich aber nicht aus § 1027 ZPO.

§ 5.

Während durch den Schiedsvertrag die staatliche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen werden soll, beabsichtigt der Vorvertrag über den Ausschluß der Rechtsmittel nur, die Anfechtung einmal ergangener staatlicher Entscheidungen zu hindern. Die herrschende Ansicht hält den antizipierten Verzicht auf Rechtsmittel für zulässig und unmittelbar wirksam, indem sie den Vertrag einfach dem bürgerlichen Rechte zuweist[1]) oder ihn wenigstens dem Schiedsvertrag gleichstellt[2]). U. E. müssen diese den Gebrauch von Rechtsmitteln beschränkenden Verträge in drei verschiedene Gruppen geteilt werden.

Es sind zu trennen:

1. Das Versprechen, auf Rechtsmittel zu verzichten,
2. das Versprechen, Rechtsmittel nicht einzulegen.
3. Der Vorverzichtsvertrag als solcher.

Es ergibt sich somit ganz allgemein die Frage: Können die Parteien über die Rechtsmittelrechte derart disponieren, daß das Aufgeben dieser Rechte klageweise erzwungen werden kann, ihre Ausübung schadensersatzpflichtig macht, oder sie gar erlöschen, bezw. durch Einrede entkräftet werden können?

1. Was zunächst das Versprechen angeht, zu gegebener Zeit z. B. auf das Recht der Berufung positiv verzichten zu wollen, so ist es klar, daß dieses vorherige Versprechen nicht dieselbe rechtliche Wirkung hervorrufen kann, wie der Verzicht selbst[3]), ebensowenig, wie Schenkungsversprechen und vollzogene Schenkung identisch sind. Wie nun, wenn der Vertrag nicht freiwillig erfüllt wird, wenn der Gegner vertragswidrig nach Erlaß

[1]) So Struckmann-Koch, zu § 514 ZPO.. Bunsen ZZP. 35, S. 422 ff.. ferner Planck Lehrbuch I, S. 299. Wilmowsky-Levy, zu § 311 (alt!) u. a.

[2]) So besonders Gaupp-Stein zu § 514 ZPO., Motive, RGZ. u. a.

[3]) Allerdings halten Manche die Vereinbarungen über die Rücknahme der Klage für ebenso wirksam, wie die Rücknahme selbst.

des Urteils entweder nicht verzichtet, dem Vertrag zum Trotz die Berufung einlegt oder im voraus die Verletzung des Vertrages durch Einlegung der Berufung in Aussicht stellt? Könnte in letzterem Falle unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO. Klage erhoben werden und sollte die Berufungsverzichtserklärung gemäß § 894 ZPO. bereits vor Beginn des bevorstehenden Prozesses oder wenigstens vor Erlaß des Urteils vollzogen sein können? Sollte der Richter, wenn später zu gesetzmäßiger Zeit die Berufung, die unzweifelbar als publizistisches Recht dem Gericht gegenüber immer zulässig bleiben muß, eingelegt wird, diese als unzulässig verwerfen, weil infolge rechtskräftigen Urteils zu ungesetzmäßiger Zeit die Verzichtserklärung erzwungen, die Partei im voraus ihrer prozessualen Rechte beraubt worden ist?

Es ist davon auszugehen, daß die prozessualen Rechte den Parteien gegeben sind, damit sie in der vom Gesetz vorgesehenen prozessualen Situation davon Gebrauch machen, und diese publizistische Rechtsbeziehung zwischen Gericht und Partei, die das Gesetz gutheißt, kann auch nicht im voraus durch Richterspruch abgeändert werden. Noch eigenartiger und unbegreiflicher wird die Rechtslage, wenn nach erstinstanzlichem Urteil die Klage auf Verzichtserklärung erhoben werden soll; denn, bevor das neue Urteil die Rechtskraft beschritten hätte, wäre die Berufungsfrist des alten Prozesses schon längst abgelaufen, die Klage also völlig gegenstandslos. Ebenso wäre eine Klage auf Zurücknahme der vertragswidrig eingelegten Berufung erst recht ausgeschlossen[4]). Es kann sich nicht in den alten Prozeß ein neuer einschieben, welcher jenem einen zwangsweisen Abschluß geben würde. Der Richter müßte sich hier selbst eine prozessuale, infolge der Rechtskraft des Anhangsprozesses unzerreißliche Fessel an-

[4]) Anderer Ansicht in der Tat Förster-Engelmann, zu § 346 ZPO., die gemäß § 249 BGB. die klagweise Zurücknahme des Einspruchs zulassen, allerdings für den wesensähnlichen Unterlassungsvertrag.

legen und wäre genötigt, der verurteilten Partei vielleicht die einzige Möglichkeit[5]), eine offenbar unrichtige Verurteilung zu beseitigen, zwangsweise zu rauben

Außerdem ist auch hier die zeitliche Aufeinanderfolge der beiden Prozesse unerklärlich. Wenn z. B. der Einspruch eingelegt, sodann die Klage auf Zurücknahme des Einspruchs erhoben wird, so besteht doch kein gesetzlicher Anhaltspunkt für den Richter, um die Entscheidung des ersten bis zur Rechtskraft des zweiten Prozesses aussetzen zu dürfen. Es wäre also nur ganz besonders günstigen Umständen zu verdanken, wenn die Klage überhaupt nur zeitlich den gewünschten Erfolg herbeiführen könnte, da das geltend gemachte konkrete Einspruchsrecht ohne weiteres berücksichtigt werden müßte, und die Abwicklung des ersten Prozesses durch Erhebung der Klage nicht gehemmt werden könnte. Nach Beendigung des ersten Prozesses durch Urteil aber würde die zweite Klage völlig sinnlos. Alle diese Klagen sind u. E. juristisch undenkbar; die Verträge, welche das Aufgeben publizistischer Rechte erzwingen wollen, sind bedeutungslos[6]) [7]).

2. Steht es nun mit den Verträgen, die die Unterlassung einer Rechtsausübung zum Gegenstand haben, anders? Können diese etwa den Prozeßverlauf beeinträchtigen? Wenn wir uns noch einmal vor Augen halten, daß ein ziviler Vertrag zivile Zwecke und Wirkungen hat, daß sie, sofern sie nicht auf zivilem Wege erreicht werden können, mit Hilfe des Prozeßrechts durchgesetzt werden, daß also das Prozeßrecht zur Verwirklichung des Privatrechts bestimmt ist, so ergibt sich daraus, daß ein ziviler Anspruch, der im Falle nicht materieller Befriedigung nur durch das öffentliche Recht realisiert werden kann, diese

---

[5]) Es wird dies ganz besonders für den Fall des Einspruchs praktisch.

[6]) Die privatrechtliche Nichtigkeit dieser Verträge werden wir im Zusammenhang mit den Unterlassungsverträgen später nachzuweisen suchen.

[7]) „Es gibt keinen Prozeß-Prozeß“ (Bülow).

Verwirklichungsnotwendigkeit nicht einfach überspringen und sich sofort selbst realisieren kann, ohne die Hilfe des Prozeßrechts in Anspruch nehmen zu brauchen. Man übersieht[8]) hier, daß der Prozeß der einzige Weg ist, um einen materiellen Anspruch durchzusetzen, daß dieser nicht sofort befriedigt entstehen kann, da dies dem Wesen des Anspruchs, des Rechtes, von einem anderen ein (Tun oder) Unterlassen zu verlangen, widerspricht. Handelt der Prozeßgegner dem Unterlassungsvertrag zuwider, so müßte der Anspruch eben erst durch einen neuen Prozeß durchgesetzt werden, um prozessual wirksam eingreifen zu können. Aber auch dies könnte seine Verletzung nicht wieder gut machen.

Deshalb ist es auch undenkbar, daß das Versprechen, ein Rechtsmittel nicht einzulegen, unmittelbar prozessual wirken könnte, indem dadurch das Recht selbst vernichtet und ein Einwand gegen die Zulässigkeit des Rechtsmittels begründet würde. Würde der Anspruch, der auf Unterlassung der Einlegung eines Rechtmittels ginge, verletzt, so wäre allenfalls eine Entschädigungspflicht in Betracht zu ziehen. Niemals aber kann der verletzte Anspruch plötzlich die Macht haben, aus sich heraus ohne weiteres den gewünschten prozessualen Erfolg zu erzielen. Erst nach prozessualer Durchsetzung ließe sich die Entstehung eines Einwandes vielleicht rechtfertigen, aber nicht vorher. Da jedoch nicht einmal eine prozessuale Durchsetzung denkbar ist (vergl. S. 22), so kann ohne eine solche eine wirksame Einrede um so weniger gegeben sein. Es fehlt hier eben in der Gedankenreihe das logisch verbindende Mittelglied. An diesem Mangel muß die Möglichkeit jeder unmittelbaren Prozeßwirkung scheitern; und der Grund dafür liegt entschieden darin, daß ein Gebilde, wie ziviler obligatorischer Vertrag mit direkter und ausschließlicher prozessualer Wirksamkeit unerklärlich ist.

[8]) Anders eine früher weit verbreitete Meinung, so besonders Windscheid II, § 412 a,b und Planck, Lehrbuch. Vergl. auch heute noch Planck: Kommentar zu § 368 BGB. in ähnlichem Fall.

Äußert jener Vertrag nun aber überhaupt irgendwelche rechtliche Wirkung? Prozessual könnte der Anspruch auf Unterlassung einer publizistischen Rechtsausübung keinesfalls durchgeführt werden. Weder wäre eine negative Feststellungsklage, gerichtet auf Nichtbestehen des Rechtsmittelrechtes, gemäß § 256 ZPO. zulässig, da es sich um kein Rechtsverhältnis unter den Parteien sondern um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Staat und Bürger handelt, noch eine Unterlassungsklage unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO. Es kann nicht Rechtsschutz dahin verlangt werden, daß das berechtigte publizistische Recht des Gegners geschmälert oder vernichtet werde. Dies wäre eine unausdenkbare Beschränkung der Persönlichkeitssphäre.

Ebenso scheint uns aber die Verletzung des Vertrages nicht den Gegenstand eines neuen, Entschädigung bezweckenden Prozesses bilden zu können. Es kann ein Klagrecht nicht deswegen entstehen, weil der Gegner rechtmäßig von seinem publizistischem Rechte Gebrauch gemacht hat. Zu diesem Zwecke müßte erst die Unberechtigtheit des gegnerischen Rechtes festgestellt werden. Dies kann aber niemals der Fall sein, da subjektiv öffentliche Rechte dem Staate gegenüber immer zu Recht bestehen bleiben müssen. Die publizistische Rechtmäßigkeit absorbiert hier die etwaige privatrechtliche Unrechtmäßigkeit. Die Ausübung eines publizistisch rechtmäßigen Rechtes kann unter Umständen privatrechtlich unrechtmäßig sein und zum Schadensersatz verpflichten[9]). Dann handelt es sich aber auch nur um ein temporäres Scheinrecht, dessen Unrechtmäßigkeit sich später herausstellt, nicht aber um ein unanzweifelbares prozessuales Recht wie hier. Alle diese Gründe unterstützen unsere Ansicht, daß subjektiv öffentliche Prozeßrechte nicht Gegenstand von Privatverträgen sein können, daß eine

[9]) Ebenso Hellwig: Anspruch S. 149. Dagegen Goldschmidt a. a. O. S. 7 ff.

solche Kombination begrifflich ausgeschlossen ist. Alle diese Verträge, mögen sie Unterlassung des Gebrauches oder Rechtsverzicht erzwingen wollen, mögen sie das Klagrecht oder spezielle Prozeßrechte behandeln, sind als bedeutungslos anzusehen.

Die unmittelbar privatrechtliche Nichtigkeit dieser Verträge möchten wir jedoch unsererseits auf eine analoge Anwendung des § 306 BGB. zu stützen versuchen. „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.“. Es könnte hier natürlich nur die rechtliche[10]) Unmöglichkeit in Betracht kommen. Da derartige Verträge begrifflich weder erzwungen werden, noch im Falle ihrer Verletzung zivilistische Rechtsfolgen hervorrufen können, fehlt es an einer gültigen Verpflichtung. Mangelt es aber an dieser, so fehlen der Leistung im Rechtssinne die Begriffsmerkmale. Infolgedessen ist der Vertrag auf eine Leistung gerichtet, welche als „Leistung“ unmöglich ist, d. h. auf eine rechtlich unmögliche Leistung.

3. Ein Teil der Gründe, welche die unmittelbare Prozeßwirkung des Unterlassungsvertrages ausschließen, findet auch auf den rechtszerstörenden Verzichtsvertrag Anwendung. Ebenso fallen die bei dem Verzicht auf das Klagrecht von uns gemachten Ausführungen auch hier ins Gewicht, da das Rechtsmittelrecht einen Ausfluß des allgemeinen Rechtsschutzanspruchs darstellt. Auch das Recht, im konkreten Prozesse Rechtsmittel einzulegen, welches ein erst später geltend zu machendes, verhaltenes Recht ist, gehört zu den subjektiv öffentlichen Rechten; es ist das eventuelle Recht gegen den Staat, die Nachprüfung einer konkreten Entscheidung zu verlangen. U. E. werden die beiden Vertragsarten: der Unterlassung gebietende obligatorische Vertrag und der rechtsvernichtende Vorverzichtsvertrag nicht genügend auseinander gehalten, sondern ihr Unterschied verwischt. Der materielle Verzicht kann und soll keine rechtliche Gebunden-

[10]) Vergl. z. B. Oertmann: zu § 306 BGB.

heit des Verzichtenden herbeiführen, sondern hat die Aufgabe, im voraus das erst später voll entstehende Recht derartig aus sich heraus zu vernichten, daß es prozessual unstatthaft werden kann. Diese Rechtslage läßt sich überhaupt nicht rechtlich erfassen. Wie soll man sich die materielle Entäußerung eines noch unentwickelten künftigen prozessualen Rechtes erklären, das man dem öffentlichen Recht gemäß erst nach Erlaß des Urteils aufgeben darf? (§ 514 ZPO.).

Auf zivilem Wege kann doch nicht das, was nicht einmal auf prozessualem Wege erreicht werden kann, aus eigener Macht erlangt werden. Um dem Privatwillen das, was nach öffentlichem Recht unstatthaft ist, zu ermöglichen, bedürfte es vielmehr wiederum einer prozessualen Durchsetzung: man denke an die negative Feststellungsklage. Diese ist jedoch ausgeschlossen, da es sich um kein Rechtsverhältnis unter den Parteien, sondern um ein solches zwischen Gericht und Parteien handelt, das vom Gericht nicht in einer vom Gesetz abweichenden Weise festgestellt werden kann. Ohne prozessuale Durchsetzung könnte der materielle Verzicht auf ein Prozeßrecht also nur materiell wirken und allenfalls in der Folge vielleicht auch prozessual. Hier ist jedoch eine dem materiellen Vertrag entspringende materielle Wirkung undenkbar, da das materielle Unterziehen der Rechtsmittel jedenfalls für das öffentliche Recht bedeutungslos ist, vielmehr nur die prozessuale Wirkung möglich.

An diesem Punkte muß die gegnerische Ansicht u. E. zu Fall kommen. Wenn sie ohne weiteres die prozessual wirksame, materielle Einrede der vertragsmäßigen Beendigung des Rechtsstreites gewährt, so überspringt sie damit die notwendige logische Zwischenstufe der materiellen Wirkung und versucht dies wieder gut zu machen.

[1]) RG. 20. S. 399; 36. S. 421. Seuff. Arch.: S. 468. JW. 1903, Beil. 3. S. 54. Reinecke-Wienstein: zu § 514 ZO. Sydow-Busch: zu § 514 ZPO. Falkmann: I. S. 337. u. a.

indem sie eine Einrede als materiell bezeichnet, die spezifisch prozessual ist. Denn eine materielle Einrede (oder Einwand) kann sich nur gegen den materiellen Anspruch oder seine rechtlichen Voraussetzungen, niemals aber gegen eine reine Prozeßhandlung richten, ebenso wie sich die prozessuale Einrede gegen den materiellen Anspruch nie richten kann. Hier zeigt es sich, daß die Gegenansicht, um zum Ziele zu gelangen, sich über die grundlegenden Unterschiede zwischen materiellen und prozessualen Rechten hinwegsetzen muß.

Während diese Auffassung sich aber wenigstens bemüht, dem materiellen Verzichtsvertrag eine materielle Wirkung beizulegen, nämlich einen materiellen Einwand, wenn dieser auch mit dem materiellen Recht nichts gemein hat, sieht eine andere Meinung offenbar von einer materiellen Wirkung als etwas gänzlich Überflüssigem ab und gewährt ohne weitere Bedenken einen (prozessualen) Einwand[12]), dessen Entstehungsgeschichte völlig in Dunkel gehüllt ist. Aus dem materiellen Vertrage muß er wohl herstammen. Wie er es aber erreicht hat, sich in das Prozeßrecht hineinzuverirren, ist nicht einzusehen, zumal es auch unklar ist, wann er eigentlich entstanden ist. Läßt man ihn mit Abschluß des Vertrages entstehen, dann fehlt es ihm überhaupt an einem Objekt, gegen das er sich richten kann, da das öffentliche Recht noch nicht vorhanden war, läßt man ihn erst mit Erlaß des Urteils entstehen, so läßt sich der Rechtszustand zwischen Vertragsabschluß und Entstehen des Einwandes garnicht juristisch ausfüllen. Der prozessuale Einwand hat überhaupt keine Existenzberechtigung: er ist, da ihm jegliche rechtliche Unterlage fehlt, aus der Luft gegriffen. Der materielle Verzichtsvertrag kann ebensowenig eine prozessuale Einrede erzeugen, wie ein prozessualer Vertrag eine materielle Einrede. Denn es gibt jetzt nur noch ein Bürger-

[12]) Planck: I, S. 292, 299. Struckmann-Koch: zu § 514, ZPO. Skonietzky-Gelbke u. a.

liches Recht, das BGB., das die möglichen Vertragstypen aufstellt. Von einem Verzicht auf materielle Einreden wird hier zwar gehandelt, nicht aber von einem solchen auf Rechtsmittel. Vor allem ist jedoch nirgends eine Vertragsart erwähnt, die nur prozessuale Wirkung haben soll; solche existieren nur in der ZPO.[13]).

Würde man daher die Bestimmungen des § 514 ZPO. dahin auslegen dürfen, daß der Verzicht auf das Berufungsrecht, dessen Wirksamkeit nach Erlaß des Urteils von der Annahme durch den Gegner unabhängig ist, auch vorher, dann jedoch nur im Wege des Vertrages erklärt werden könne, so würde dieser aus dem Prozeßvertrag sich ergebende Einwand als dessen normaler Folge Hand und Fuß haben und sich mit dem Wesen des Zivilprozesses nicht in offenem Widerspruch befinden. Diese Interpretation des § 514 ZPO. ist jedoch gewaltsam und legt einen Sinn in ihn hinein, der ihm gänzlich fern ist und auch der Entstehungsgeschichte des § 514 ZPO. nicht entspricht. Wenn nach Erlaß des Urteils der Verzicht nicht annahmebedürftig ist, so ist daraus keineswegs die Schlußfolgerung zu ziehen, daß er auch vor Erlaß des Urteils zulässig ist, dann aber der Annahme bedarf. Denn vorher besteht ja das Recht der Berufung noch garnicht perfekt, es erwächst der Partei erst mit Erlaß des Urteils[14]). Also auch diese Auffassung ist, obwohl sie sich auf logischer Grundlage bewegt, abzulehnen. Der

[13]) Aus diesen Gründen ist der Auffassung Seufferts zu § 514 ZPO., der die landesrechtlichen Vorschriften über den Ausschluß der Rechtsmittel, die bei Einführung der ZPO. galten, aufrechterhalten will, jedenfalls seit 1900 der Boden entzogen. Weist man sie wie damals dem „bürgerlichen" Recht zu, so sind sie, da das BGB zu ihren Gunsten keine Einschränkung macht, durch dieses ausgeschlossen; faßt man sie als prozeßrechtliche auf, so stehen sie in Widerspruch mit EG. ZPO. § 14. Die Verweisung auf den Schiedsvertrag ist dagegen nicht unberechtigt.

[14]) Bedingte oder befristete Prozeßhandlungen im Sinne des Privatrechts (§ 158 ff. BGB.) sind aber ausgeschlossen, da sie mit dem Wesen und Zwecke des Prozesses unvereinbar sind.

Vorverzicht als Prozeßvertrag läßt sich aus dem Gesetz nicht herleiten und, ohne mit Kohler das Recht heranzuziehen, „das als gemeinsames Kulturgut deutscher Lande in der juristischen Luft schwebt", bleibt die Schwierigkeit unüberwindlich, durch materiellen Vertrag ein noch embryogleiches, prozessuales Recht vor seiner perfekten Entstehung zu vernichten. Die Dispositionsbefugnis der Parteien greift nur ein, wenn die ZPO. ihnen einen Spielraum gewährt, und sie richtet sich nach den speziellen öffentlichen Normen, die unmittelbare Wirkamkeit schaffen. Durch Parteiwillkür können diese jedoch nicht abgeändert werden[15]). Wenn also im § 514 ZPO. der Verzicht auf das Rechtsmittelrecht nach Erlaß des Urteils zugelassen und geregelt wird, so bleibt für einen prozessual wirkenden Verzicht zu anderer Zeit kein Raum. Jedenfalls könnte er sich nicht nach der ZPO. richten (es sei denn im Wege der öffentlich-rechtlichen Analogie). In Ermangelung dessen käme lediglich das Privatrecht dafür in Betracht, und Privatverträge mit direkter Prozeßwirkung bedeuten einen logischen Widerspruch in sich. Ein Prozeß sollte schon vor seiner Entstehung vertraglich als entschieden und beendet feststehen können?

Wenn der Ausschluß der Rechtsmittel überhaupt Geltung beanspruchen kann, so ist dies nur im Wege eines prozessualen Analogieschlusses möglich. Die Analogie des Schiedsvertrages ist es, die zur Begründung der prozessualen Wirkung herangezogen werden könnte. Obgleich der Ausschluß der höheren Instanz nur eine negative Wirkung haben soll, der Schiedsvertrag dagegen auch positive Pflichten mit sich bringt, so ist der Kern beider Verträge doch einander sehr ähnlich: Das gerichtliche erstinstanzliche Verfahren soll zu einem in sich abgeschlossenen, den Rechtsstreit endgültig erledigenden

[15]) Können die Parteien etwa die Möglichkeit der Erbittung des Armenrechts, der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Vertretung vor den Amtsgerichten (§ 79 ZPO.), der Ablehnung eines Richters gemäß § 41, 42 ZPO. (im voraus) wirksam ausschließen?

werden, und wenn gegen die ergangene Entscheidung die höhere Instanz angerufen wird, so ist die Sachlage die gleiche, als ob zur Entkräftung des Schiedsverfahrens das Staatsgericht angerufen wird. Es entstände somit eine prozeßhindernde Einrede, die der des § 274, 3 ZPO. analog ist, auf Grund deren das weitere Verfahren ausgeschlossen wird und das Rechtsmittelrecht als unzulässig zu verwerfen ist[16]. Die technische Schiedseinrede kann natürlich nicht entstehen, ebensowenig wie der Ausschluß der höheren Instanz als technischer Schiedsvertrag bezeichnet werden darf.

Gegen die Analogie des Schiedsvertrages läßt sich überhaupt anführen:

1. Die lediglich negative Funktion des „Exklusivvertrags";
2. der Umstand, daß die Schiedseinrede, die Einrede, „daß die Entscheidung durch Schiedsrichter zu erfolgen habe", nur vor Ergehen einer Entscheidung begründet ist, während die analoge Einrede erst nach Ergehen der Entscheidung ihre Wirksamkeit entfalten soll.
3. Die Möglichkeit der Aufhebung des Schiedsspruchs (§ 1041 ZPO.) sowie das Erfordernis einer Judikatsklage (§ 1042 ZPO.), während beides bei dem erstinstanzlichen Urteil ausgeschlossen sein soll.

Trotz dieser erheblichen Abweichungen erscheint uns jedoch die Analogie nicht[17]) verfehlt, da in beiden Fällen der höhere Richter, im ersten Falle der qualitativ höhere Staatsrichter, im zweiten Falle der stufenmäßig höhere Berufungsrichter ausgeschlossen werden soll. — Läßt man die prozeßrechtliche Analogie zu, so ist es u. E. inkonsequent, die Sachlage so darzustellen, als ob der Rechtsmittelverzicht nach bürgerlichem Recht geschehe und eine dem Schiedsvertrag verwandte Einrede be-

[16]) So Gaupp-Stein: zu § 514, 1 ZPO.
[17]) A. A. Hellwig: Prozeßh. S. 48, A. 39.

gründet[18]). Vielmehr muß ganz konsequent gesagt werden: Die Parteien schließen einen prozeßrechtlichen Vertrag, der dem Schiedsvertrag gleichgeartet ist, und daher eine quasi-prozeßhindernde Einrede begründet, nach deren Vorbringung das Rechtsmittel verworfen werden muß. Die Einrede entspringt also nicht dem materiellen Verzichtsvertrag, sondern einem prozeßrechtlichen Vertrag und hat daher ihre sachliche Berechtigung. Anderenfalls würde wiederum zwischen dem materiellen Verzichtsvertrag und dem Entstehen der prozessualen Einrede ein Zwischenraum liegen, während dessen überhaupt kein rechtlicher Zustand bestehen würde. — Im übrigen ist der Vorverzicht auch u. E. nur zulässig, wenn er für beide Teile in gleicher Weise besteht, so daß das Anrufen der höheren Instanz beiderseits ausgeschlossen sein soll. Nur dann läßt sich die Analogie des Schiedsvertrages rechtfertigen. Denn auch dieser kann nicht so abgeschlossen werden, daß z. B. nur für die Ansprüche des einen Teils die gerichtliche Entscheidung ausgeschlossen sein soll.

Die Analogie mit dem Schiedsvertrag ist fernerhin ganz offenkundig auch nur möglich, wenn der Verzicht vor[19]) dem Prozesse vereinbart wird, besonders, wenn dies ganz allgemein für den Fall geschieht, daß Rechtsstreitigkeiten irgendwelcher Art aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse entstehen sollten. Dies gilt noch in verstärktem Maße, wenn die Parteien für die Entscheidung ihrer Rechtsstreitigkeiten ein bestimmtes Staatsgericht[20]) als Quasi-Schiedsgericht in erster und letzter Instanz anrufen. Ist das Staatsgericht jedoch schon einmal in Tätigkeit getreten, so können die Parteien nicht plötzlich vereinbaren, daß es als Quasi-Schiedsgericht fungieren solle.

[18]) So Gaupp-Stein: zu § 514, 1 ZPO.

[19]) Die herrschende Meinung läßt ohne Unterschied die Analogie in beiden Fällen, d. h. vor und während des Prozesses zu.

[20]) Das zuständig ist oder gemäß § 38ff. ZPO. zuständig werden kann.

Nachdem schon zur Hauptsache verhandelt ist, kann auch kein Schiedsvertrag mehr geschlossen werden, der imstande wäre, ohne weiteres wirksam in den Prozeß einzugreifen. Wenn das gewöhnliche prozessuale Verfahren seinen Lauf einmal genommen hat, so kann der normale Gang nicht mehr geändert, können im voraus nicht mehr prozessuale Befugnisse ausgeschlossen werden, sonst wäre der Vorwurf des Konventionalprozesses berechtigt.

Es fragt sich nun, welche prozessualen Wirkungen unser Quasi-Schiedsvertrag hervorruft. Wird das Rechtsmittel prozessual unzulässig[21]), und tritt die Rechtskraft des Urteils sofort mit der Verkündung ein, oder bleibt das Rechtsmittel prozessual zulässig[22]), und wird das Urteil erst nach Verwerfung infolge der vorgebrachten Einrede rechtskräftig? Zu diesem Zwecke ist festzustellen, wie der in § 514 ZPO. geregelte prozessuale Verzicht wirkt, ob nach Verzichtserklärung das Rechtsmittel als solches ohne weiteres im Sinne des § 535 ZPO. unstatthaft wird[23]), oder nur ein prozessualer Einwand gegen das Rechtsmittel entsteht.

Das Berufungsrecht ist das Recht gegen das Gericht, die Nachprüfung einer erlassenen Entscheidung zu verlangen, und es ist in das Belieben der Partei gestellt, von dem Recht Gebrauch zu machen, seinen Gebrauch zu unterlassen oder durch Verzicht dem Gericht gegenüber sich dieses Rechtes zu entschlagen. Da der rechtswirksame Verzicht auf ein Recht dieses vernichtet, so kann das Gericht der nochmaligen Geltendmachung des ihm gegenüber durch Verzicht verloren gegangenen Rechtes nicht stattgeben[24]) [25]) d. h. das Berufungsrecht ist erloschen, seine Benutzung wirkungslos und offiziell un-

[21]) So z. B. Kleinfeller: S. 402.

[22]) So z. B. Gaupp-Stein: zu § 514, 1, ZPO.

[23]) So Petersen: zu § 514, 2, ZPO.

[24]) Vergl. auch Planck: I, S. 299.

[25]) Der Verzicht auf das Recht der Berufung (und der Anschlußberufung) erfolgt grundsätzlich dem Gericht gegenüber und

statthaft. Es ist u. E. garnicht einmal notwendig, daß sich der Gegner auf den Verzicht beruft, um seine Unstatthaftigkeit klarzulegen, sondern selbst mit Zustimmung des Gegners ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen, da das Berufungsrecht nicht dem Gegner, sondern dem Gericht gegenüber besteht, und im Verhältnis zu diesem das einmal erloschene öffentliche Recht kraft Parteiwillens nicht wieder erweckt werden kann (ebensowenig wie im Fall des § 295 ZPO).

Aber auch der dem Gegner (formlos) erklärte Verzicht wird meist als wirksam erachtet, obgleich dies keineswegs mit dem publizistischen Charakter des Berufungsrechts im Einklang steht, und das Gesetz zu dieser Annahme nicht zwingt, zumal die Rechtsmittel selbst nur durch Einreichung einer Rechtsmittelschrift an das Gericht eingelegt werden können. Dieser Verzicht kann, da er nicht der publizistisch verpflichteten Stelle, sondern einem privaten Adressaten gegenüber erklärt ist, u. E. das Recht selbst nicht zum Erlöschen bringen. Er gewährt der Gegenpartei die Fähigkeit, der Geltendmachung des Rechtes mit prozessualer Wirksamkeit zu widersprechen, durch prozessualen Verzichtseinwand die Statthaftigkeit der Berufung auch dem Gericht gegenüber zu zerstören Vorher tritt eine unlösliche Bindung nur der Gegenpartei gegenüber ein, und diese wird gewissermaßen ermächtigt, den externen Verzicht dem Gericht mitzuteilen. Erst wenn das Gericht davon erfahren hat, wird der Verzicht wirklich perfekt und führt zur Verwerfung.

Ob im Falle eines rechtswirksamen Verzichts dem Gericht gegenüber die Verwerfung des Rechtsmittels durch

zwar durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung, (dies jedoch nur falls die Berufung bereits eingelegt war,) oder durch Zustellung eines Schriftsatzes. Denn auch in letzterem Falle ist u. E. der Verzicht mit Eingang des Schriftsatzes bei Gericht sachlich dem Gericht erklärt und dieses übermittelt nur den bereits rechtswirksamen Verzicht dem Gegner weiter; dasselbe gilt für die Rücknahme der Rechtsmittel und der Klage. Die bloße schriftliche Verzichtsanzeige bei Gericht wäre naturgemäß nicht ausreichend.

Urteil notwendig ist, oder ob die Berufung ohne weiteres zurückgewiesen werden darf, kann fraglich erscheinen. Nach dem Sprachgebrauch der ZPO. § 537 ist eine Zurückweisung nur zulässig, wenn die Berufung sachlich unbegründet ist, nicht aber formelle Gründe sie unzulässig machen. Infolgedessen muß man wohl auch in diesem Falle mit der herrschenden Meinung sich dahin erklären, daß die Unzulässigkeit der Berufung durch Urteil festgestellt werden müsse, wenn es auch sehr naheliegt anzunehmen, daß die Einlegung eines Rechtsmittels, das durch rechtswirksamen Verzicht dem Gericht gegenüber erloschen ist, überhaupt bedeutungslos ist und gar nicht berücksichtigt zu werden brauchte. Jedenfalls ist es zutreffend, daß durch Verzicht das Urteil ohne weiteres rechtskräftig werden kann, da die Geltendmachung eines erloschenen publizistischen Rechtes nicht mehr zulässig ist (vergl. § 705 ZPO).

Ist der Verzicht dem Gericht gegenüber erklärt, so ist das Urteil damit offiziell rechtskräftig geworden, es sei denn, daß die Berufung auch noch von gegnerischer Seite, und daher die Anschließung an sie möglich ist (§ 521 ZPO.). In diesem Falle müßte der Verzicht beiderseitig erklärt werden. Ist jedoch die Anschließungsmöglichkeit infolge der Umstände nicht gegeben, so, wenn der Gegner völlig obgesiegt hat, dann wird das Urteil auch durch den einseitigen Verzicht rechtskräftig. Eine trotzdem eingelegte Berufung ist nach Rechtskraft des Urteils erfolgt. Das sie verwerfende Urteil kann nur deklaratorisch die Unzulässigkeit infolge eingetretener Rechtskraft feststellen, nicht aber die Rechtskraft erst herbeiführen[26]). — Der Einwand, daß der Verzicht durch den Parteiwillen wieder rückgängig gemacht werden könnte, ist hinfällig, jedenfalls, wenn der Verzicht dem Gericht gegenüber erklärt ist. Denn hier ist das Recht endgültig vernichtet und

[26]) Anderer Ansicht Schwalbach: S. 286—306; Troll: S. 208. Vergl. dazu auch Grünebaum: a. a. O., S. 33 ff.

kann nicht wieder neu entstehen. Will man jedoch den Verzicht nicht von Amts wegen berücksichtigen, sondern läßt man nur einen prozessualen Verzichtseinwand zu, so ist auch hier wohl die Rückgängigmachung für unwirksam zu halten, da ebenfalls nach dieser Ansicht das Recht erloschen ist. Ein Verzicht auf jenen prozessualen Verzichtseinwand ist aber in der ZPO. nicht vorgesehen und untersteht daher nicht der zivilprozessualen Wirksamkeit. Der Verzicht, selbst vor Gericht erklärt, ist nicht prozessualer Verzicht. Er könnte sich also wiederum nur nach dem bürgerlichen Rechte richten, und als solcher ist er prozessual und materiell nichtig, d. h., die Rechtskraft kann vertraglich nicht beeinflußt werden. Die Partei ist vielmehr nur einseitig in der Lage, sich dem Gericht gegenüber auf den Verzicht nicht zu berufen, und somit setzt man sich allerdings über die eingetretene Rechtskraft hinweg. Dies unerwünschte Resultat beweist jedoch, daß der offizielle Verzicht eben von Amts wegen berücksichtigt werden muß, oder die Gegenansicht die Rechtskraft infolge Verzichts nicht eintreten lassen darf. Wird der Verzicht auf das Berufungsrecht dagegen der Partei gegenüber formlos erklärt, so tritt u. E. die Rechtskraft überhaupt nicht, auch nicht im Verborgenen ein. Dem Gericht gegenüber bleibt die Berufung zulässig, dem Gegner erwächst nur eine Einrede, und diese geltend zu machen oder nicht, steht in seinem freien Belieben. Wenn er den Verzichtseinwand also nicht vor Gericht vorbringt, wird das Berufungsrecht des Gegners gar nicht zerstört. Infolgedessen steht nichts im Wege, eine wirksame Berufung einzulegen.

Aus diesen Erörterungen folgt, daß durch den Vorverzicht auf die Berufung, den Quasi-Schiedsvertrag, das Urteil nicht sofort rechtskräftig werden kann, denn:

1. Die Rechtskraft tritt u. E. nur durch Verzicht gegenüber dem Gericht ein.
2. Ebensowenig, wie durch den Schiedsvertrag das Klagerecht untergeht, erlischt durch diesen Vertrag

das Recht der Berufung. Dieses gelangt trotz des Vertrages zur Entstehung, ist prozessual zulässig und kann nur durch eine quasi-prozeßhindernde Einrede zerstört werden.

3. Das Berufungsrecht ist ein künftiges Recht gegen den Staat: da nun dem Gericht gegenüber nicht auf das künftige Recht verzichtet werden darf, der Verzicht vielmehr erst nach Erlaß des Urteils zulässig ist, so wäre es nicht im Sinne des Gesetzes, wenn durch vertraglichen (selbst prozessualen) Vorverzicht das öffentliche Recht ohne weiteres im Keime erstickt, und der gewünschte Erfolg hierdurch vorschnell erzielt werden könnte.

Es ist also der Ausschluß der Berufung, wenn diese auch nicht ohne weiteres prozessual unzulässig wird, nach Analogie des Schiedsvertrages für gültig zu halten, vorausgesetzt, daß der Verzicht für beide Teile in gleicher Weise erklärt, und vor dem Prozesse vereinbart ist.

Ebenso läßt er sich auch allenfalls für die wesensähnliche Revision verteidigen[27]), keineswegs jedoch für den Einspruch. Hier fällt zunächst einmal die Voraussetzung der Gegenseitigkeit fort, da der Verzicht auf den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil im konkreten Falle nur für die eine Partei denkbar ist. Ebenso aber, wie der Schiedsrichter die Parteien vor Erlaß des Schiedspruchs zu hören hat (§ 1034 ZPO.), darf analog das Staatsgericht als Quasi-Schiedsgericht, bevor dies geschehen ist, der abwesenden Partei nicht jede Möglichkeit nehmen, ihre Rechte überhaupt noch geltend zu machen. Der Einspruch gegen das Versäumnisurteil kann nicht vom Gericht verworfen werden, weil der Rechtsstreit durch seinen eignen (Schieds-)Spruch erledigt sei. Dasselbe Gericht kann nicht

[27]) Wir brauchen, um die Unwirksamkeit des Ausschlusses der Rechtsmittel in Ehesachen anzunehmen, nicht mit RG. 70 Nr 17 einen Verstoß gegen die guten Sitten heranzuziehen; seine Ungültigkeit ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 1025 ZPO.

zugleich Quasi-Schiedsgericht und Staatsgericht sein. Erschwerend kommt noch hinzu, daß dem Einspruchsvorverzicht überhaupt jede greifbare Unterlage fehlt, da er nur unter der Vorbedingung in Kraft treten soll, daß der Verzichtende das Versäumnisurteil zuvor über sich ergehen läßt. Der Schiedsvertrag und der Einspruchsvorverzicht haben also äußerst wenig miteinander gemeinsam. Insbesondere unterscheiden sie sich dadurch, daß letzterer lediglich das Ergehen einer gerechteren und wahrheitentsprechenderen Entscheidung verhindern will. Da eine öffentlich-rechtliche Analogie somit ausgeschlossen erscheint, ist der Einspruchsvorverzicht prozessual wie privatrechtlich unwirksam[28]). [29]).

Ebenso kann schießlich der Vorverzicht auf die Beschwerde keinesfalls mit dem Schiedsvertrag auf eine Stufe gestellt werden. Die parallele Erwägung, daß die sachliche Entscheidung auf eine Instanz beschränkt sein soll, fällt hier vollkommen weg; es wird nicht ein den gesamten Rechtsstreit erledigendes Urteil gesprochen, das der Nachprüfung nicht mehr unterliegen soll, sondern es handelt sich lediglich um Einzelfragen, formaler und meist nicht einmal (materiell) bedeutungsvoller Natur, gegen welche eine Erinnerung unstatthaft sein soll. Außerdem würde hier, da das Gesetz eine Fülle verschiedenartiger Beschwerdemöglichkeiten gewährt, der Verzichtsvertrag auf die spezielle Beschwerde selbst wohl nur im Prozesse geschlossen werden können und würde dann, da das gesetzliche Verfahren in Gang gekommen ist, dieses in eigenwilliger konventioneller Weise beeinträchtigen. Der vertragliche Vorverzicht auf die Beschwerde ist also für nichtig zu erklären[30]).

---

[28]) Anderer Ansicht: Gaupp-Stein zu § 346 ZPO., Skonietzky-Gelbke u. a. Übereinstimmend: Seuffert zu § 346 ZPO., Struckmann-Koch zu § 346 ZPO., Hellwig Prozeßh. S. 48.

[29]) Dasselbe gilt analog für den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl. § 700 ZPO.

[30]) Anders die herrschende Meinung.

Ebenso wäre ein vorheriger Verzicht auf das außerordentliche Rechtsmittel der Restitutionsklage[31]) von unserem Standpunkt aus ohne weiteres für nichtig zu halten. Es würde ja auch jedem gesunden Empfinden widersprechen, wenn man sich im voraus desjenigen Mittels berauben wollte, das dazu bestimmt ist, die Macht strafrechtswidrig erlangter Urteile aufzuheben. Die Gegenansicht müßte, um die Nichtigkeit des Verzichts zu begründen, wohl wieder das Aushilfsmittel der Unsittlichkeit zu Hilfe zu nehmen. Im folgenden wird jedoch dieses Aushilfsmittel versagen.

§ 6.

Ausschlaggebend für die Berechtigung unserer Auffassung über die Ungültigkeit der Vorverzichte auf prozessuale Rechte ist es, daß sonst auch ein vorheriger Verzicht auf das Rügerecht (§ 295 ZPO.) als zulässig erachtet werden müßte, daß also schon zuvor die Verletzung einer prozessualen Verfahrensvorschrift als erlaubt, und die Rüge im voraus als wirkungslos gestempelt werden könnte. Hiermit würde es aber dem Parteiwillen freistehen, einen dem Gesetz zuwiderlaufenden Prozeß nach eigenem Willen zu gestalten. Denn es wäre gestattet, gesetzliche Vorschriften zu verletzen, und doch dürfte an dieser Verletzung nicht prozessual Anstoß genommen werden. Die herrschende Meinung, welche die Wirksamkeit derartiger Verzichte einfach dem bürgerlichen Rechte zuweist, müßte konsequenter Weise auch die Gültigkeit dieses Verzichtes anerkennen, da nicht einzusehen ist, wodurch sich dieser Vorverzicht von den übrigen prinzipiell unterscheiden sollte.

An dieser Stelle zeigt sich der grundsätzliche Fehler der Gegenansicht. Der materielle Vertrag über Prozeßrechte

[31]) Ebenso auf das der Nichtigkeitsklage; den prozessualen Verzicht hält man allgemein nach Analogie der Rechtsmittel für zulässig.

soll je nach Gefühl oder Belieben Geltung beanspruchen oder nicht. Mit der billigen Begründung des Verbotenseins des Konventionalprozesses, gerade nach dieser Richtung, läßt sich auch die Ungültigkeit nicht erklären, sondern nur mit der Unhaltbarkeit der Begriffsverbindung: Vertrag materiell, Wirkung nur prozessual. Der materielle Vorverzicht auf das Rügerecht ist prozessual wirkungslos und materiell nichtig, wiederum unter analoger Anwendung von BGB. § 185. Die Vorverfügung über das prozessuale Recht ist unwirksam, da diese nur mit Zustimmung des Gerichtes erfolgen könnte, das Gericht aber diese ungesetzmäßige Einwilligung weder im voraus erteilen noch nachträglich die Vereinbarung genehmigen kann.

Ebenso ist entsprechend der privatrechtliche Verzicht auf prozeßhindernde Einreden (§ 274 ZPO.), auf die man prozessual nur durch Erklärung an das Gericht verzichten kann, in gleicher Weise für nichtig zu halten, wie jeder andere materielle Verzicht auf sonstige subjektive Prozeßrechte[1]. — Der obligatorische Vertrag, welcher den prozessualen Verzicht auf das Rügerecht oder sämtliche anderen subjektiven Prozeßrechte erzwingen oder ihre Ausübung verbieten will, ist prozessual umsomehr bedeutungslos und zivilistisch unter analoger Anwendung von BGB. § 306 für nichtig zu erklären.

§ 7.

Während sämtliche zuvor besprochenen Verträge das prozessuale Verfahren vor Erlaß des Urteils beeinträchtigen wollen, sollen die Vorvereinbarungen, welche die Vollstreckung betreffen, erst nach Erlaß des Urteils in Kraft treten. Daß das publizistische Vollstreckungsrecht als solches nicht im voraus vertraglich ausgeschlossen oder eingeschränkt werden darf, ergibt seine Wesensähnlichkeit

[1]) So auch für das Armenrecht, das Recht in einer bestimmten Prozeßart zu klagen, z. B. Wechsel-, Urkundenprozeß.

mit dem Klagrecht. Der materielle, wenn auch nur temporäre Verzicht auf das Vollstreckungsrecht ist prozessual bedeutungslos und privatrechtlich nichtig[1]) (BGB. § 185). Ebenso ist das obligatorische Versprechen, nicht zu vollstrecken, unwirksam. Es ist ebenso undenkbar, wie z. B. das Versprechen, die an die Ehe geknüpften Rechtsfolgen nicht geltend zu machen. Der Unterlassungsvertrag will dem Urteil seine Quintessenz nehmen und im voraus seine Kraft beseitigen. Daß dieser Vertrag nicht prozessual wirken und aus sich selbst heraus eine Einrede nach § 767 ZPO. schaffen kann, ergibt seine obligatorische Natur. Jedoch auch seine Verletzung kann nicht zum Schadensersatz verpflichten, da das etwa daraus entstehende Klagrecht vor dem judikatsmäßig berechtigten Vollstreckungsrecht zurücktreten muß. — Anders verhält es sich mit den Verträgen, welche nur des Gläubigers Verhältnis zum Gerichtsvollzieher zum Gegenstand einer Obligation machen, d. h, ihm die Verpflichtung auferlegen, diesem bestimmte Weisungen zu erteilen, z. B. gewisse Gegenstände nicht zu pfänden oder erst nach gewisser Zeit versteigern zu lassen. Jene stehen mit dem Vollstreckungsrecht als solchem nicht im Widerspruch und sind daher für zulässig zu halten. Die internen Beziehungen zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger können privatrechtlich auch durch Vertrag mit dem Schuldner geregelt werden. Verletzt der Gläubiger die Obligation, indem er dem Gerichtsvollzieher nicht die vertragsmäßigen Weisungen erteilt, so stehen dem Schuldner allerdings keine Rechtsbehelfe zu Gebote, um das vertragswidrige Verhalten aufzuheben, da der Gläubiger publizistisch im Recht bleibt. Denn vom Staate kann er uneingeschränkt die Vollstreckung verlangen; er macht davon Gebrauch, indem er sich an den Gerichtsvollzieher als Staatsbeamten wendet. Nach einer anderen Richtung hin kann er jedoch dem

[1]) Ebenso der Verzicht auf das Arrestrecht, das Zwangsrecht auf Offenbarung usw.

Gerichtsvollzieher als Auftraggeber gegenüberstehen, richtiger gemäß § 675 BGB.[2]), also in privatrechtlichem Verhältnisse. Diese Rechtsbeziehung ist durch Vertrag mit dem Schuldner zivilistisch gestaltungsfähig. Einen Eingriff in das prozessual unanfechtbare Vollstreckungsverfahren kann ein solcher Vertrag nie gewähren. Seine Verletzung kann jedoch eine Schadensersatzpflicht begründen, da es sich um einen gewöhnlichen Anspruch handelt, und das Klagrecht hier nicht in Widerspruch mit dem Wesen des Vollstreckungsrechts tritt, sondern entsteht, ohne ein anderes publizistisches Recht verdrängen zu wollen.

Schließlich ist auch noch die Auffassung zu erwähnen, welche in dem Ausschluß der Vollstreckung einen materiellen Verzicht auf das entstehende Pfandrecht erblicken will[3]). Die Entscheidung darüber, ob man auf dieses, durch publizistischen Akt erworbene (Quasi-)Privatrecht im voraus verzichten kann, hängt jedenfalls von der Lösung der Vorfrage ab, ob es möglich ist, auf ein künftiges gewöhnliches Pfandrecht im voraus derart zu verzichten, daß es gar nicht erst entsteht, bzw. sofort untergeht. Daß die Verfügung über künftige Rechte im allgemeinen für zulässig zu erachten ist, entspricht mit Recht der herrschenden Meinung, man denke z. B. an die Verfügung über künftige Forderungen durch Erlaß, Abtretung. Hier geht die Forderung sofort bei ihrer Entstehung unter oder in das Vermögen des Zessionars über. Es werden hier späterhin zulässige Rechtsgeschäfte schon im voraus vorgenommen, und die Wirkungen treten nachher ohne weiteres ein. In unserem Falle ist die Sachlage jedoch anders. Ein gegenwärtiges Pfandrecht kann man zwar auch bloß durch Vertrag mit dem Gegner aufgeben (§ 1255 BGB). Es bedarf jedoch zu seiner Bestellung eines Realaktes, der nicht durch Worte ersetzt werden kann: Ein hierdurch in Wirklichkeit, körperlich mit dem Willen der

[2]) Vgl. bes. Seuffert, Gaupp-Stein zu § 166 ZPO., RGZ. u. a. Dagegen Hellwig, Lehrbuch II § 84.

[3]) So Dittrich, a. a. O., S. 34.

Parteien entstandenes Pfandrecht kann nicht durch vorherigen abstrakten Verzicht in seiner tatsächlichen Herrschaftsstellung zerstört werden. Das durch Realakt bestellte Pfandrecht muß auch rechtlich entstehen, sonst läge höchstens eine sinnlose Art Scheingeschäft vor. Ein vorheriger Verzicht auf das durch die Macht der Tatsachen bestellte Recht ist daher wirkungslos.

Diese Erwägungen sprechen in verschärftem Maße gegen die Möglichkeit eines Vorverzichts auf das durch den Gerichtsvollzieher erworbene Pfandrecht. Wie soll auch ein Pfandrecht, das dieser als Staatsbeamter dem Gläubiger verschafft und durch Siegel gekennzeichnet hat, durch Vorverzicht gegenüber dem Schuldner erlöschen oder gar nicht erst entstehen können! Gegen wen sollten sich die materiellen Klagen aus 985, 1004, 858 BGB.[4]) richten können? Gegen den Gerichtsvollzieher, der kraft Amtes zu pfänden verpflichtet ist, oder gegen den Gläubiger, der gar nicht den Gewahrsam über die Pfandgegenstände erlangt hat? Der Exklusivvertrag als materieller Verzicht auf das Pfandrecht ist also theoretisch und praktisch undurchführbar.

§ 8.

Wir haben uns bisher mit solchen Verträgen beschäftigt, welche publizistische Rechte betrafen, nunmehr gehen wir zu denjenigen Abmachungen über, welche prozessuale Befugnisse zum Gegenstande haben, die nicht als subjektive Prozeßrechte aufzufassen sind. So steht es z. B. dem Kläger frei, ohne Einwilligung des Beklagten bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache die Klage zurückzunehmen. Die Rücknahme erfolgt entweder durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes und bewirkt, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig anzu sehen ist.

Ob auch ohne diese Formalakte derselbe Zweck durch

[4]) Dittrich a. a. O. S. 39.

Vereinbarung unter den Parteien erreicht werden kann, ist von unserem Standpunkte aus nicht zweifelhaft. Die Vereinbarung der Klagrücknahme ist, da sie als Prozeßvertrag nicht erwähnt ist, den Normen des bürgerlichen Rechts unterstellt und hätte an und für sich wegen der Vertragsfreiheit des Obligationenrechts Geltung zu beanspruchen. Wäre jedoch eine Klage auf Vollziehung der Rücknahme, welche gemäß § 887 oder 894 ZPO erzwungen werden könnte, wirklich zulässig[1]), das Parallellaufen der beiden Klagen denkbar? Daß diese Auffassung nicht zutreffend ist, ergibt sich wohl daraus, daß die Erzwingung der Klagrücknahme von vornherein zwecklos ist, da es ja dem Verurteilten jederzeit freisteht, die Klage neu anzustellen. — Im übrigen ist u. E. auch dieser Vertrag deswegen für nichtig anzusehen, weil das Klagrecht (formell) durch ihn betroffen wird.

Im Gegensatz zu unserer Ansicht steht die, welche dem Vertrag ohne weiteres prozessuale Wirkungen einräumt und auf Grund eines Einwands Abweisung der Klage mit derselben rechtlichen Wirkung verlangt, als wenn die Rücknahme tatsächlich erfolgt wäre[2]). Gegen diese Auffassung sprechen sämtliche früher vorgebrachten Ausführungen, vor allem die, daß der materielle Vertrag nicht prozessual wirken kann. Das Versprechen, die Klage zurückzunehmen, ist also weder prozessual wirksam, noch durch Prozeß erzwingbar[3]).

Gewisse Ähnlichkeit mit diesem Vertrage hat auch das Versprechen, einen gerichtlichen Vergleich zu schließen, da auch dieser den Prozeß beendigen soll. Auf die rechtliche Natur des Vergleiches brauchen wir hier nicht näher einzugehen. Daß er jedoch, vor Gericht geschlossen, insofern eine Prozeßhandlung ist, als durch ihn die „Bei-

[1]) So Seuffert zu § 271 ZPO.

[2]) So u. a. Skonietzky-Gelbke zu § 271 ZPO.

[3]) Übereinstimmend Hellwig: Prozeßhandlung S. 48. Ebenso steht es um das Versprechen, ein eingelegtes Rechtsmittel zurückzunehmen.

legung" des Prozesses (vgl. § 794 I ZPO) bewirkt wird, sollte außer Zweifel stehen. Und, da hierin ein Verzicht bzw. eine Beeinträchtigung der Rechte gegen das Gericht auf Entscheidung liegt, ergibt sich für uns ohne weiteres, daß das Versprechen für unwirksam zu halten ist. Das Gericht kann nicht seine Hand dazu bieten, Rechte, die ihm gegenüber bestehen, außer Kraft zu setzen, um dem Privatwillen freien Spielraum zu lassen. Wie sollte auch der Vertrag, der den gerichtlichen Abschluß des Vergleiches bezweckt, durchgeführt werden können, da seine Modifizierung in das Belieben der Parteien gestellt bleiben muß, und das Gericht nicht dazu verurteilen kann, vielleicht ungünstige Vergleichsbedingungen anzunehmen. Jeder Partei muß es freistehen, einen, zumal unvorteilhaften, Vergleich zum Scheitern zu bringen, um auch fernerhin die Hilfe der Gerichte zu beanspruchen.

In gleicher Weise ist u. E. überhaupt jeder etwa denkbare obligatorische Vorvertrag zum Abschluß einer Prozeßvereinbarung für unwirksam zu halten. Der publizistische Vertrag, der das Verhältnis der Parteien zum Gericht mit prozessualer Wirksamkeit regelt, kann nicht durch das Gericht selbst gewaltsam herbeigeführt werden. Es handelt sich eben auch hier um eine der Persönlichkeit anhaftende Fähigkeit, die keinem Zwange dienstbar gemacht werden kann. Auch würde hier wiederum Prozeß durch Prozeß beeinflußt werden müssen.

§ 9.

Wenden wir uns nunmehr den Verträgen zu, durch welche die Parteien innerhalb der Grenzen des gesetzlich sich abwickelnden Verfahrens einander über die Art der Verteidigung (oder des Angriffs) Schranken ziehen wollen. Auch hier wollen wir einen eventuellen Verzichtsvertrag und einen obligatorisch verpflichtenden Vertrag unterscheiden. Es fragt sich zunächst, wenn wir den Verzichtsgedanken unbedingt zur Geltung bringen wollen, ob überhaupt ein Recht, und zwar ein verzichtbares, in Betracht

kommen kann. Das (Verteidigungs- oder) Bestreitungsrecht, welches den Gegner zum Beweis der bestrittenen Tatsache nötigt, ließe sich in verschiedener Weise charakterisieren:

1. Als Recht auf Beweis durch den Prozeßgegner des Bestreitenden; der Beklagte hätte danach das Recht, vom Kläger eine Beweisführung zu verlangen.

   Diese Auffassung beruht auf einer völligen Verkennung des Wesens des Prozesses, der nicht eine Fülle von privatrechtlichen Rechten und Pflichten unter den Parteien schafft, die von ihnen beliebig ausgestaltet werden können. Aus dem Umstande, daß der Kläger zur Durchsetzung seiner Ansprüche genötigt ist, für dieselben Beweis zu liefern, geht lediglich hervor, daß der Staat nur unter den von ihm gesetzten Bedingungen dem an ihn gestellten Rechtsschutzersuchen entsprechen kann, nicht aber, daß der Kläger dem Beklagten gegenüber die Pflicht zur Beweisführung, dieser ein Recht darauf hätte. Denn, verletzt der Kläger das Recht, so entsteht dem Beklagten daraus ein größerer Vorteil, als wenn es berücksichtigt wird. Ein solches Recht ist aber rechtlich kein Recht. Infolgedessen kann man sich seiner auch nicht durch Rechtsgeschäfte begeben.
2. Als Recht gegen den Staat auf Forderung des Beweises von dem Gegner. Ein derartiger Rechtsverzicht könnte sich wiederum nur nach dem bürgerlichen Rechte richten und wäre daher prozessual wie materiell wirkungslos. Im übrigen wäre dieses Recht auch keineswegs als ein selbständiges subjektives Prozeßrecht aufzufassen, sondern höchstens als ein Ausfluß des allgemeinen Rechtsschutzrechts.
3. Spricht man nun aber gar von einem Rechte des Staates, gerichtet gegen den Privaten, so wäre ein Verzicht auf dieses fremde Recht völlig undenkbar.[1])

[1]) vgl. dazu auch Seba: a. a. O. § 1 bes. S. 29 ff.

Das Verteidigungsrecht stellt sich also in keinem Falle als ein subjektives Recht dar, da es sich lediglich gegen die Ausführungen des Gegners richtet. Vielmehr ist dem Bürger hiermit vom Staat nur eine beliebig zu handhabende Fähigkeit eingeräumt worden, deren privatrechtliche Verfügung ihm der Natur der Sache nach entzogen ist, da er mit ihm anhaftenden Rechtseigenschaften keinen Handel treiben darf. Sonst käme man schließlich noch dahin, daß man sich ihrer im Wege der Zession an den Gegner entäußern könnte. Die publizistische „Rechtsgestaltungsfähigkeit" kann nicht dem Privatwillen dienstbar gemacht werden. Der Nichtbestreitungsvertrag in dem Sinne, daß auf ein Bestreitungsrecht in zerstörender Weise verzichtet wird, ist in Ermangelung eines subjektiven Rechtes als nichtig anzusehen[1]). Es handelt sich hier im Gegensatz zu einem prozessualen Recht, kurz gesagt, um eine prozessuale Möglichkeit.

Eine solche zum Gegenstand eines privatrechtlichen Schuldverhältnisses zu machen, erscheint jedoch auch nach unserer Ansicht nicht ausgeschlossen. Daß ein derartiger Vertrag nicht unmittelbar auf den Prozeß einwirken kann, ergibt sich für uns ohne weiteres aus dem Wesen des obligatorischen Vertrages, der zu einer Leistung verpflichtet, nicht aber seine Verwirklichung in sich tragen kann. Der Unterlassungsvertrag legt den Kontrahierenden die privatrechtliche Fessel an, sich dem Vertrage gemäß zu verhalten, kann aber keineswegs dieses Verhalten aus sich

---

[1]) Hiermit ist auch die Auffassung des außergerichtlichen Geständnisses als eines vertraglichen Verzichtes auf das „Prozeßrecht der Verteidigung durch reine Verneinung" im Sinne Plancks abgelehnt; denn

1. es gibt kein solches subjektives Recht;
2. dem Gestehenden liegt es meist gänzlich fern, sich durch seine Erklärung des künftigen „Prozeßrechts" berauben zu wollen. Die Erklärung ist ihm vielleicht sogar unabsichtlich entschlüpft. Aus den Ausnahmefällen kann aber keine Regel abgeleitet werden. Das außergerichtliche Geständnis ist vielmehr nur ein Beweisindiz. Vgl. Bülow: Geständnis, S. 220 ff.

heraus derart erzwingen, daß die Bestreitung seitens des Gegners als kontraktwidrig durch den Richter zurückzuweisen wäre[2]). Das Gesetz gestattet dem Richter nicht, eine beweisbedürftige, im Prozeß bestrittene Tatsache deswegen als erwiesen anzusehen, weil der Beklagte sich außergerichtlich zum Nichtbestreiten verpflichtet hat. „Welche Rolle würde ein Richter spielen, wenn die Parteien außerhalb des Prozesses über seine Überzeugung paktieren könnten[3])." Niemals kann eine zweifelhafte Tatsache durch Privatvereinbarung als erwiesen dem Richter aufgezwungen werden. Er muß sich vielmehr von ihrer Richtigkeit erst überzeugt haben, entweder infolge ordnungsmäßigen Nachweises seitens des Beweispflichtigen oder auf Grund prozessualer Billigung seitens des Gegners (Geständnis, Nichtbestreiten)[4]).

Eine ganz andere Frage ist es jedoch, ob die Verletzung des Nichtbestreitungsvertrages nicht ebensogut wie die Durchbrechung eines sonstigen Unterlassungsvertrages privatrechtliche Folgen haben kann, da hier der Konflikt zwischen zwei einander gegenübertretenden subjektiven publizistischen Rechten fortfällt. Das Versprechen, nicht zu bestreiten, ist zwar auf den Prozeß einflußlos, aber als privatrechtlicher Vertrag grundsätzlich für gültig zu halten. Ebenso ist ein Vertrag zu beurteilen, der eine Verpflichtung dahin enthält, sich kontumazieren zu lassen, d. h. entweder in der mündlichen Verhandlung nicht zu erscheinen oder in ihr nicht zu verhandeln. Auch dieser ist u. E an und für sich für gültig[5]) zu halten, da er

[2]) So (Planck: Kommentar § 368 BGB. und) Windscheid: II, S. 723.

[3]) Wach: Geständnis, S. 218.

[4]) Aus diesem Grunde ist die prozessuale Wirksamkeit sämtlicher Beweisverträge, zumal wenn sie die gesetzliche Beweislast verschieben wollen, ausgeschlossen. Sie sind contra legem für nichtig zu halten. Die ganze Beweislastfrage gehört auch nicht dem Privatrecht, sondern dem Prozeßrecht oder besser gesagt dem „Justizrecht" an (vgl. Goldschmidt: a. a. O.; Kipp: a. a. O., S. 219, III).

[5]) Anderer Ansicht Hellwig: Prozeßhandlung, S. 47.

ein, wenn auch prozessuales Verhalten, eine bestimmte Unterlassungspflicht in das Gewand einer Obligation kleidet. Das kontraktwidrige Erscheinen und Verhandeln verletzt das Schuldverhältnis und kann eine Schadensersatzpflicht hervorrufen. Viele halten diese Verträge jedoch auch materiell für nichtig, da das „Paktieren über derartige prozessuale Befugnisse unzulässig sei". U. E. ließe sich die Nichtigkeit dieser Verträge höchstens aus ihrem Verstoß gegen die guten Sitten herleiten. Es ist jedoch schwerlich zutreffend, daß jeder zivile Vertrag, der sich mit prozessualem Verhalten beschäftigt, in unwürdiger Weise die prozessuale Betätigungsfreiheit hemmt. Die Notwendigkeit der schnellen Erledigung eines Prozesses kann es z. B. erfordern, daß der Beklagte nicht erst lange durch überflüssiges Bestreiten die Abwicklung des Prozesses hindert und ihn unnötiger- und böswilligerweise in die Länge zieht. Ein dahingehender Vertrag ist durchaus nicht zu mißbilligen, und die Zuwiderhandlung begründet mit gutem Recht eventuell eine Schadensersatzpflicht.

Anders liegt der Fall natürlich, wenn mit solchen Verträgen unreelle Zwecke verfolgt werden, wenn z. B. der Kläger gar keinen Anspruch hat, und der Beklagte nur unter dem Druck des Wuchers verspricht, sich kontumazieren zu lassen oder nicht bestreiten zu wollen; dann ist dieser Vertrag ohne weiteres für nichtig zu erklären (§ 138, BGB.). Verträge solcher Art bezwecken ja nicht in lauterer Weise die schleunige Erledigung des Prozesses, sondern wollen dem beklagten Schuldner die Möglichkeit nehmen, die Gefahr einer unrichtigen Verurteilung abzuwenden[6]).

In gleicher Weise sind die Geständnis- und Anerkennungsverträge zu behandeln, d. h. Verträge, durch die man sich zum Gestehen einer Tatsache oder Anerkennen

---

[6]) Außerdem liegt in solchen (Zwangs-) Verträgen auch eine Beeinträchtigung des „Klagabweisungsrechts" enthalten, und die Nichtigkeit wäre für uns schon aus diesem Grunde gegeben.

eines Anspruchs verpflichtet. Auch sie können den Prozeßverlauf nicht unmittelbar beeinflussen, aber im Falle ihrer Verletzung zivilistische Folgen nach sich ziehen.

§ 10.

Daß die Erörterung der bisher genannten Verträge nicht allein von theoretischer, sondern auch von praktischer Bedeutung ist, tritt im Scheinprozesse deutlich zutage. Das Wesen eines derartigen Scheinprozesses besteht in der Regel darin, daß er im Einverständnisse der Parteien zur Täuschung Dritter durchgeführt werden soll[1]), oder darin, daß einer der Beteiligten, bevor er dem anderen Vermögensopfer bringt, sich zur Sicherheit erst einen vollstreckbaren Titel verschaffen will. Hauptsächlich für die zweite Art des Scheinprozesses werden die materiellen Prozeßvereinbarungen und ihre Folgen bedeutsam, und zwar werden sie in folgendem praktischen Falle besonders deutlich veranschaulicht:

Ein Geldverleiher (A) hat den Geschäftsgebrauch, Darlehn nur zu geben, nachdem der Nachsuchende sich durch Urteil zur Zahlung der erbetenen Darlehnssumme hat verurteilen lassen, und dieses rechtskräftig geworden ist. Ein Kunde (B) unterwirft sich diesem Geschäftsgebrauch. Der Geldverleiher erhebt vereinbarungsgemäß Klage auf Rückzahlung der Summe[2]). Im Termin erscheinen der Kläger und der Beklagte.

1. Ersterer beantragt Versäumnisurteil, der Beklagte widerspricht nicht, gibt jedoch auf Befragen des Richters den Sachverhalt an; Kläger bestätigt ihn und wiederholt den Antrag.

[1]) Es soll gegen den anderweitig durch Vollstreckung bedrohten Schuldner auf Grund eines Titels gepfändet werden, damit die anderen Gläubiger das Nachsehen haben; späterhin sollen die gepfändeten Gegenstände wieder zurückgegeben werden.

[2]) Von 600 M. nebst Zinsen.

2. Der Beklagte, vor der Gefährlichkeit des Verfahrens gewarnt, widerspricht dem Antrag. Kläger beruft sich auf den Vertrag.
3. Der Beklagte legt gegen das ergangene Versäumnisurteil rechtzeitig den Einspruch ein; Kläger beantragt, diesen als unzulässig zu verwerfen.
4. Das Versäumnisurteil ist rechtskräftig geworden. Der Kläger gibt dem Beklagten aber nur einen Teil der Summe[3]) oder er zahlt gar nichts und versucht, die ganze Summe (nach Ablauf von 5 Jahren) beizutreiben.

In diesem Falle werden vor allem folgende Vereinbarungen praktisch:

1. Der Nichtbestreitungsvertrag und der Ausschluß der Berufung.)
2. Der Kontumazierungsvertrag und Ausschluß des Einspruchs.
3. Temporärer Ausschluß der Zwangsvollstreckung.

Wenden wir uns nun zur praktischen Kennzeichnung der Vereinbarungen, den verschiedenen Variationen des vorliegenden Falles zu.

ad 1. Die formellen Voraussetzungen eines Versäumnisurteils sind nur gegeben, wenn der Beklagte im Termin nicht erscheint oder zwar erscheint, aber nicht verhandelt. Der Beklagte, der auf Befragen des Richters den Sachverhalt angibt, hat jedoch unzweifelhaft verhandelt, da „Verhandeln jede aktive Beteiligung einer Partei an der Erörterung des Rechtsstreites vor Gericht“ ist[4]). Es ist unerheblich, daß er sich erst auf Befragen des Richters äußert, ebenso, daß er die rechtlichen Folgen seines Tuns nicht ermißt, indem er, von dem Wunsche getragen, die Erfüllung möglichst schnell zu erzielen, aus der Rolle fällt

[3]) Statt 600 nur 200 M.

[4]) So Gaupp/Stein I zu § 333 ZPO. Ähnlich Wach I, S. 343 u. a.

und den Sachverhalt aufdeckt. Es kommt auf das objektive Verhalten der Parteien selbst dann allein an, wenn die tatsächlichen Anführungen mit den Absichten, die sie dadurch verfolgen wollen, in Widerspruch stehen. Der einstimmige Wunsch der Parteien auf Erlaß eines Versäumnisurteils kann daher schon gemäß § 333 ZPO. nicht berücksichtigt werden, da der Beklagte verhandelt hat, und der Sachverhalt angesichts der ausdrücklichen Bestätigung seitens des Klägers ganz klar dem Richter vor Augen liegt. Die Parteien würden einen Konventionalprozeß an Stelle des gesetzlichen treten lassen[5]), wenn es ihnen frei stände, ein Versäumnisurteil zu erlangen, dessen Ergehen bei beiderseitiger Verhandlung der Parteien gesetzlich ausgeschlossen ist. Die materielle Vorvereinbarung kann den Prozeß nicht derart beeinflussen, daß der Richter gezwungen wird, wissentlich ein unrichtiges Urteil zu fällen. Er kann sich nicht zum Diener der Parteiwünsche herabwürdigen, sondern hat vom völlig objektiven Standpunkt aus seiner Pflicht zu genügen. Der wiederholte Antrag des Klägers auf Erlaß eines Versäumnisurteils ist trotz des Einverständnisses des Beklagten ohne Rücksicht auf die Vereinbarung zurückzuweisen. Es wird sogar, da der Beklagte vollständig ausreichendes Material vorgebracht, und der Kläger dies unverhohlen anerkannt hat, eine sichere Grundlage für ein kontradiktorisches Urteil gewonnen sein. Denn der Antrag auf Versäumnisurteil schließt notwendigerweise den Antrag auf Erlaß eines dem Kläger günstigen kontradiktorischen Urteils in sich.

Damit ein solches jedoch ergehen kann, müssen vor allen Dingen die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen gegeben sein, insbesondere ein Anspruch, der des Rechtsschutzes fähig und würdig ist. Während nun der Kläger sonst die Realisierung eines streitigen Anspruchs erstrebt, mag er gegenwärtig, bedingt oder unter gewissen Voraussetzungen auch künftig sein, macht der Kläger hier im

[5]) Vgl. Kohler: Beiträge, S. 129.

Einverständnisse mit dem Beklagten einen überhaupt noch nicht bestehenden, vielleicht künftigen Anspruch als gegenwärtigen, fälligen geltend, um sich einen Vollstreckungstitel zu verschaffen. Es liegt mithin dem ganzen Prozeßaufbau ein in Wirklichkeit nicht bestehender fingierter Anspruch zugrunde, der vielleicht später entstehen könnte.

Es fragt sich nun, ob unter den gegebenen Umständen, wo das Gericht über das Scheinmanöver der Parteien aufgeklärt ist, die Klagerhebung die Kraft besessen hat, ein wirksames Prozeßverhältnis ins Leben zu rufen, so daß der Prozeßstoff eines Urteils zur Sache fähig ist, oder ob es an den Erfordernissen dafür gänzlich mangelt, und „absolutio ab instantia" ergehen muß. U. E. ist ein vollgültiges Prozeßverhältnis auch dann vorhanden, wenn die materielle Grundlage nur vorgeschoben, im konkreten Falle aber doch immerhin nicht ausgeschlossen ist.

Durch Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit begründet (§ 263 ZPO.), und das Gericht um Rechtsschutz angegangen, das diesen erteilen oder versagen muß. Mangelt es nun nicht an den formellen Prozeßvoraussetzungen, wird die Klage zugelassen und dem Beklagten zugestellt, so ist damit schon ein wirksames Prozeßverhältnis ins Leben gerufen worden. Es ist dabei gleichgültig, ob ein nichtiger, ein anfechtbarer oder ein fingierter Anspruch geltend gemacht wird. Infolgedessen ist trotz der Simulationsvereinbarung der Parteien der Prozeßapparat wirksam in Bewegung gesetzt und muß sich bis zu Ende abwickeln. Das Rechtsschutzrecht des Klägers ist naturgemäß zu verneinen, d. h. es muß, obwohl der Beklagte vertragsmäßig verurteilt werden soll, sachabweisendes Endurteil ergehen[6]).

ad 2. Nicht anders ist die Sachlage, wenn der Beklagte die Kontumazierungsvereinbarung durchkreuzt und

[6]) Ebenso Sintenis: a. a. O., S. 74 u. a. Anders Kohler: Proz. als Rechtsverhältnis, S. 93, da es „an der Voraussetzung eines riten Prozeßverhältnisses fehle".

dem Antrag auf Versäumnisurteil widerspricht (oder bestreitet), denn die Entgegnung des Klägers, der Beklagte sei an den Vertrag gebunden, ist hinfällig. Welcher Art sollte dieser Einwand sein? Ist er materieller Natur, so müßte er sich gegen den Anspruch richten, den aber nicht der Beklagte, sondern der Kläger selbst hat[7]). Ist sie prozessualer Art, dann ist sie, da sie einem materiellen Vertrag entspringt, völlig aus der Luft gegriffen, wäre aber auch niemals imstande, das objektive Verhalten des Beklagten, welcher verhandelt und bestreitet, zu widerlegen und Lügen zu strafen. Im übrigen ist auch gar kein prozessuales Objekt da, gegen das er sich richten könnte, weil es an einem prozessualen Bestreitungsrechte überhaupt mangelt. Es müßte also auch hier ohne weiteres ein sachabweisendes Endurteil ergehen.

ad 3. Ist jedoch das Versäumnisurteil schon ergangen und legt der Beklagte vertragswidrig den Einspruch ein, so ist dieser unbedingt zu berücksichtigen, obwohl der Kläger sich auf den Vorverzicht beruft. Es entsteht weder ein materieller, noch ein prozessualer Einwand, noch eine Quasi-Schiedseinrede; das Urteil ist noch nicht rechtskräftig, die Rechtskraft wird durch die rechtzeitige Einlegung des Einspruchs gehemmt. Der Einspruch würde durchdringen.

§ 11.

ad 4. Bisher konnte sich der Beklagte den Vereinbarungen zum Trotz vor einer Verurteilung bewahren. Wenn jedoch erst einmal ein rechtskräftiges Versäumnisurteil ergangen, und dieses vom Kläger mißbraucht wird, ist die Rechtslage für ihn äußerst gefahrbringend, und es fragt sich, ob ihm auch hier eine rechtliche Hilfe zur Seite steht. Zu diesem Zwecke ist zunächst zu erörtern, ob jenem Urteil dieselbe Kraft zuzumessen ist wie jedem

[7]) Oder gibt es einen materiellen Einwand des vertraglichen Ausschlusses der kontradiktorischen Verhandlung, ebenso wie den der vertraglichen Beendigung des Rechtsstreits?

anderen, oder ob die Parteien etwa in der Lage sind, die Scheingrundlage des Urteils aufzudecken und sich jederzeit wirksam auf sie zu berufen. Es ist überhaupt prinzipiell zu prüfen, ob es begrifflich möglich ist, dem rechtskräftigen Urteil als Staatsakt mit Rücksicht auf seine angebliche Scheinnatur die Wirksamkeit abzusprechen, kurz, ob es angeht, einen Unterschied zwischen simuliertem und echtem Judikat zu machen.

Man wird sich dazu fragen müssen, was ist das Wesen der Simulation, wer simuliert hier? Das Charakteristikum der Simulation liegt darin, daß eine Willenserklärung zum Schein, d. h. zur Täuschung Dritter, einem Erklärungsempfänger gegenüber abgegeben wird, der ihre Scheinnatur kennt und billigt. Wem gegenüber könnte die Täuschung hier konstruiert werden? Es käme in Abwesenheit der Gegenpartei lediglich der Richter in Betracht[1]. An dieser Stelle versagen jedoch sämtliche Wesensmerkmale der Simulation. Es wird im Einverständnisse mit dem Adressaten keine Erklärung zum Schein abgegeben; was der Erklärende bei seiner Äußerung vor Gericht sich denkt, ist unerheblich. Es kommt nur auf das ernsthafterweise tatsächlich Erklärte an, das dem Urteil zugrunde gelegt werden muß. Simulation ist also undenkbar[2]).

Im gegebenen Falle ist auf Grund formell einwandfreier tatsächlicher Angaben gemäß § 331 ZPO. im gesetzmäßigen Versäumnisverfahren ein auf falschen materiellen Boden gestütztes Urteil erlassen, das einen unwahren Rechtsstand rechtskräftig statuiert, aber nach prozessualen Normen fehlerlos erlassen, wie jedes andere Urteil die ihm zukommende Machtfülle entfalten muß. Man kann auch nicht sagen, daß ein die Ehescheidung

[1]) Wenn dieser wirklich mit der anwesenden Partei zum Schaden der abwesenden oder im Interesse beider zum Nachteil Dritter kolludieren würde, so macht er sich der Rechtsbeugung schuldig, und sein Urteil unterläge der Anfechtung im Wege der Restitutionsklage (§ 580, 5 ZPO.).

[2]) Ebenso z. B. Hellwig: Anspruch, S. 211; Klagrecht, S. 81.

aussprechendes Urteil, das auf Grund bewußt unrichtiger Angaben zum Zweck der Täuschung Dritter erwirkt worden ist, nicht die Kraft hätte, die Ehe zu scheiden, also jeder sich auf die Nichtigkeit des Urteils berufen könnte[3]). Ebenso kann auch eine durch den Staatsakt des Standesbeamten geschlossene Ehe, die nur zum Schein geschlossen sein soll, in ihren rechtlichen Folgen der Einrede der Simulation nicht unterliegen[4]). Der Mann könnte der Klage der Frau, die sich auf § 1360/61 BGB. beruft, unmöglich diese Einrede entgegenhalten. Wenn der Staat in gesetzmäßiger Weise einem (möglichen und nicht der Natur widerstreitenden[5]) Rechtsverhältnisse das Siegel seiner Autorität aufgedrückt hat, so läßt sich an dessen Bestehen weder drehen noch deuteln. In der Tat steht das hier ergangene Urteil mit der wahren materiellen Sachlage in Widerspruch; dadurch, daß das Urteil aber den unrichtigen Rechtszustand feststellt, wird er unbestreitbar, und daher kann seine Richtigkeit inter partes nicht mehr in Frage gestellt werden. Durch die Rechtskraft des Urteils wird die Möglichkeit der Geltendmachung seiner Fehlerhaftigkeit ausgelöscht[6]). Der Begriff des simulierten Judikats ist also unhaltbar (vgl. S. 60 ff.)[7]).

[3]) Ein Urteil, das die Scheidung, die Herstellung oder das Bestehen einer Ehe zwischen Unverheirateten (oder gar anderweitig Verheirateten) ausspricht, gehört u. E. zu den „Putativ"-Urteilen (vgl. A. 7), da ihm im konkreten Falle die Möglichkeit einer natürlichen vernunftgemäßen Basis fehlt.

[4]) Dies ergibt sich allerdings auch ohne weiteres aus § 1323 ff. BGB.

[5]) Wie es namentlich in Familienstandssachen denkbar.

[6]) Ob das materielle Recht hierdurch tatsächlich verändert wird, hängt von der Auffassung über die materielle Rechtskraft ab. (Vgl. S. 61.)

[7]) Im Gegensatz zu diesen rechtmäßigen Urteilen zuständiger Behörden, die unter Wahrung des Gesetzes über rechtlich mögliche, wenn auch nur vorgeschobene Rechtsverhältnisse entscheiden und auch gegen den Willen der Parteien mit zwingender Notwendigkeit ihre gesetzliche Wirkung entfalten müssen, stehen solche Urteile, die an einem inneren zerstörenden Mangel leiden, d. h. (Putativ-Pseudo-)Primafacie-Urteile, die zwar pro forma als Urteile erscheinen,

Um nunmehr festzustellen, wie der Beklagte sich gegen die rigorose Geltendmachung des Urteils schützen

weil sie in das Gewand eines solchen gekleidet sind, jedoch wegen elementaren Verstoßes gegen ihren tatsächlichen, rechtlichen oder logischen Zusammenhang eine Rechtswirkung nicht entfalten können. (A. A. Hellwig: System, bes. S. 557 Anm. 18.)

1. So steht es um ein Urteil, das gegenüber einer nicht existenten Partei ergangen ist. Denn hier war ein Rechtsstreit, ein Prozeß überhaupt nicht vorhanden, infolgedessen ist auch eine Entscheidung über einen in Wirklichkeit nicht möglichen Rechtsstreit ausgeschlossen. Dieses vom Richter erlassene „Putativ"urteil (das in Wahrheit gar kein Urteil sein kann), hat, da ihm die Möglichkeit einer materiellen, positiven Grundlage fehlt, keinen Boden unter sich und bricht, sobald es erlassen ist, in sich zusammen.

2. Nicht anders ist die Sachlage, wenn ein bestimmtes zur Klage gestelltes Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen unmöglich ist. So ist auch ein Urteil, das Scheidung der Ehe zwischen Gleichgeschlechtlichen ausspricht oder zu ihrer Herstellung verurteilt, in den Wind gesprochen, da es an seiner rechtlichen Voraussetzung, dem Vorhandensein eines rechtsmöglichen Prozesses, gefehlt hat, und wo ein bestimmter Rechtsstreit begrifflich ausgeschlossen ist, kann auch keine Rechtsentscheidung ergehen. Es gibt keine Rechtsfolge ohne Ursache, keinen Abschluß ohne Anfang (vgl. auch Wach: a. a. O., S. 301 ff., 402 ff.).

3. Auf ähnlicher Stufe steht ein Urteil, welches (bewußt) unsittliche oder rechtlich unmögliche Dinge anbefiehlt (Verurteilung zur Gestattung der Blutschande, zur Prügelstrafe oder Kriegserklärung, Absetzung eines Ministers usw. Vgl. u. a. Kohler: Enzyklopädie II, S. 144. Arch. Ziv. Prax. 97, S. 14; Binding: Grundriß des Str.-Proz., S. 236; Kormann: a. a. O. S. 234/35), wenn man derartige Phantasiegebilde überhaupt ernsthaft in Erwägung ziehen will. Hier kann von einem Urteil nicht gesprochen werden, da ihm die Begriffsmerkmale fehlen. Denn wenn der Anwender des Gesetzes, dessen Spruch nur kraft Gesetzes Macht hat, sich bewußt über Gesetz und die allgemeine Rechtsordnung hinwegsetzt und ohne Stütze des Gesetzes Rechtswidriges statuiert, so entsteht ein unmögliches Gebilde, das nicht aus Gründen, die im Gesetze liegen, sondern aus Gründen der allgemeinen Logik und der Begriffsbestimmung von Recht und staatlicher Rechtsprechung heraus in sich zusammenfällt. Ein solches Urteil entfaltet überhaupt keine Rechtswirkung, da es aus dem Rahmen der Rechtsordnung herausfällt. Der Richter, der nur Willensorgan des Staates ist und mit diesem eine Einheit bildet, übermittelt, wenn er derartige Urteile fällt, gar nicht mehr den Willen des Staates

kann, wird zuerst das materielle Verhältnis zwischen den Beteiligten vor allem untersucht werden müssen, ob nach

(bzw. Gesetzes); er ist einem Boten zu vergleichen, der nicht nur bewußt die Botenmacht überschreitet und Abweichendes überbringt (hierfür könnte der Herr vielleicht noch herangezogen werden; vgl. Planck und Staudinger zu § 120 BGB.), sondern etwas vollkommen Verschiedenes und offenkundig Sinn- und Vernunftwidriges überbringt, wobei es sonnenklar ist, daß es von dem Herrn des Boten unmöglich herstammen kann. Der Wille des Staates oder des Gesetzes ist also hier gar nicht ausgeführt und die „Pseudo"-Entscheidung entbehrt jedes staatlichen Haltes, ebenso wie die Amtshandlung, die ein Kleriker absichtlich den Grundgesetzen der Kirche zuwider vornimmt, nicht von kirchlicher Wirkung ist. Dagegen scheint uns der Richter, der sich einer Beugung des Rechts (§ 336 StrGB.) schuldig macht, ein durchaus gültiges Urteil zu sprechen, da ihm das, wenn auch sachlich durchbrochene Gesetz zur Seite steht.

Jene trügerischen Beispiele der letzten Art, die das Normwidrige zur Norm erheben möchten, können jedoch zur allgemeinen Begründung einer absoluten Urteilsnichtigkeit nicht angeführt werden; „sie beweisen zu viel und deshalb gar nichts". (Hellwig: System, S. 557 Anm. 19.) Man kann u. E. nicht pathologische, verwilderte und korrumpierte Rechtszustände zur Grundlage machen für die Ableitung und Aufstellung gesitteter Rechtsgrundsätze. Jene ausgefallenen Trugurteile, welche nur von einem geistesgestörten oder verbrecherischen Richter gesprochen werden könnten, sind gar keine Rechtsakte, sondern ein Widerspruch in sich selbst: zumal, wenn sie als Strafurteile vom Zivilrichter (oder umgekehrt) gesprochen sind.

Ebenso wäre aber auch sonst ein sich völlig vernunftwidriges und perplexes, „monströses" Urteil rechtlich nicht vorhanden und einer materiellen Rechtskraft unfähig (vgl. Wach: a. a. O., S. 402 ff.), namentlich auch, wenn es von einem geisteskranken Richter erlassen ist, dessen Urteil jedoch, wenn es sachlich vernünftig, u. E. vollgültig ist und auch anderenfalls niemals der Nichtigkeitsklage unterliegen könnte. (A. A. Hellwig: System, S. 556.) Ist die Entscheidung nur teilweise widerspruchsvoll, so greift § 320 ZPO. Platz.

Die „Pseudo"-Urteile haben mit den zuerst genannten Fällen immerhin gemeinsam, daß sie niemals den autoritativen Abschluß eines vorangegangenen Prozesses bilden können, da sie ohne gesetzliche Stütze ihre Bedeutung aus dem Nichts schöpfen müssen und somit haltlos in der Luft stehen. Trotzdem können sie, da sie formell als Staatsakte und pro forma auch als Urteile erscheinen und hin-

Rechtskraft des Urteils für den Kläger eine Verpflichtung zur wirklichen Auszahlung der ganzen Summe besteht.

sichtlich ihrer ganz formalen Folgen (Prozeßkosten etc.) nicht hinwegzuleugnen sind, auch der formellen Abänderung durch höhere Instanzen (ebenso Wach: a. a. O., S. 387) oder eventuell der, allerdings nur deklarativ wirkenden, Restitutions- (bzw. Nichtigkeitsklage) unterworfen sein. Im übrigen ist — abgesehen von den unschädlichen „Putativ"-Urteilen, die der natürlichen Unterlage entbehren (Fall 1 und 2), den „Pseudo"-Urteilen, die der allgemeinen Vernunft-, Sitten- und Rechts-Ordnung (absichtlich) in barbarischer Weise widerstreiten, und den offenkundigen „Nichturteilen" (Hellwig: System, S. 555; vgl. auch Stein vor § 578, I, ZPO.), die sämtlich in Wirklichkeit gar keine Urteile sind, — der Begriff des nichtigen Urteils, weil es unrichtig, irrtümlich erlassen, unausführbar, erzwungen, ertäuscht etc. ist, nicht anzuerkennen: dies auch nicht, wenn es, wie sich später herausstellt, physisch Unmögliches anbefiehlt, wie neuerdings Reichsgerichtsurteil vom 5. Oktober 1905, das als solches, indem es eine Revision zurückweist, völlig einwandfrei, sachlich aber in Übereinstimmung mit dem Urteil des Oberlandesgerichts Breslau vom 22. Oktober 1903 von falschen bergbautechnischen Voraussetzungen, nämlich der Trennbarkeit von „Galmei" und „Blende" ausgehend, dem Kläger nur ersteren zuspricht, und das Wach: a. a. O., S. 373 ff., 524, für schlechthin nichtig erklärt; jedoch u. E. zu Unrecht. Dem Reichsgericht und dem OLG. Breslau ist hier eben ein bedauerliches Versehen unterlaufen, das nicht wieder gut zu machen ist, dessen Behebung jedoch mit der völligen Preisgabe der Rechtskraft und der Autorität des höchsten Gerichts viel zu teuer erkauft wäre. Ein erstinstanzliches Gericht sollte ein Urteil des obersten Gerichtshofes einfach ignorieren oder gar im Wege des Feststellungsurteils seine absolute Nichtigkeit proklamieren dürfen, und das Reichsgericht selbst sollte, wenn es zur Revision kommt, die Rechtskraft des früheren Urteils ohne weiteres beiseite schieben, dessen Nichtigkeit statuieren und in derselben Sache ein neues Urteil sprechen, das unter Umständen wieder nichtig ist? (vgl. demgegenüber auch § 580, 7, ZPO.). Unklar bleibt es hierbei auch, ob die sämtlichen Urteile der drei Instanzen oder nur das Urteil des Reichsgerichts und des Oberlandesgerichts nichtig sein sollen; namentlich, wenn das Landgericht anders als die höheren Instanzen und nicht contra naturam verstoßend judiziert hätte. Im letzteren Falle sollte das Landgericht also in derselben Sache noch einmal dasselbe Urteil sprechen können (?).

Der erneuten Klage stehen somit nach jeder Richtung unüberwindliche Hindernisse entgegen; schwerlich ließe sich mit einer ent

Die Abmachung der Parteien läßt sich, was ihre zivile Seite angeht, am besten als ein bedingter Darlehnsvorvertrag auffassen, d. h. ein bereits jetzt scheinbar Bindung

sprechenden Anwendung des § 323 ZPO. im Wege einer gewaltsamen Interpretation helfen. Daher muß das Urteil mit seinen Folgen als unumstößlich bestehen bleiben, da es auf gültigem materiellem Boden gesetzmäßig sich aufbauend nur sachlich fehlerhaft entscheidet und tatsächlich unausführbar ist, jedoch keineswegs in sich widersinnig und daher im Gegensatz zu den Primafacie-Urteilen, bei denen eine ernsthafte Kollision mit der Rechtskraft eigentlich kaum in Frage kommt, auch einer materiellen Rechtskraft fähig ist. Es entbehrt eben der positiven Vollstreckbarkeit, die u. E. zwar wesentlicher Zweck, aber nicht Essentiale des (Leistungs-)Urteils ist, macht aber die Wiederholung desselben Rechtsstreits unter denselben Parteien ebenso unmöglich wie ein Urteil, das genau unter denselben falschen Voraussetzungen den Kläger mit seiner Klage zu Unrecht gänzlich abgewiesen hätte (vgl. auch § 318 ZPO). Eine die „exceptio rei iudicatae" entkräftende „replicatio nullitatis" (Wach: a. a. O., S. 401) kann u. E. auch schon deswegen nicht durchgreifen, weil richtiger Ansicht nach die Rechtskraft von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

Von vornherein nichtige „Urteile" der Staatsgerichte, auch der sachlich und örtlich unzuständigen, kennt das Gesetz jedenfalls nicht, sondern nur nachträglich vernichtbare (vgl. §§ 578 ff. ZPO.). Auch die fehlerhaften Urteile müssen daher die Rechtskraft beschreiten, und über sie darf keineswegs wie über etwas nicht Vorhandenes hinweggegangen werden, selbst wenn ihr Mangel offenbar ist. Die Mangelhaftigkeit des Urteils wird durch die Rechtskraft getilgt und einer ferneren Kritik entrückt. Die Möglichkeit ihrer Ignorierung seitens späterer Gerichte würde den Glauben an die Bedeutsamkeit der rechtskräftigen Entscheidung vollkommen erschüttern und die Gefahr mit sich bringen, daß jedes den Parteien unbequeme Urteil späterhin zunächst einmal auf seine eventuelle Nichtigkeit hin geprüft werden müßte. Dies wäre jedoch ein unhaltbarer Rechtszustand, der der heutigen Zeit unwürdig wäre. „Unser Gesetz vertraut darauf, daß unsere heutigen Einrichtungen eine Garantie dafür bieten, daß so grobe Verletzungen des Gesetzes und der Vernunft, wie sie vorausgesetzt werden müssen, um die Nichtigkeit der Urteile als notwendig erscheinen zu lassen, in unserer Zeit nicht vorkommen oder doch nicht rechtskräftig werden können. So ist jedes deutsche Zivilgericht davor bewahrt, daß später irgend ein anderes Gericht seine Urteile als nichtig beiseite schieben kann." (Hellwig: System, S. 558.)

hervorrufender Vertrag, der mit der Rechtskraft des Urteils, wenn der Beklagte seinen prozessualen Unterlassungspflichten genügt hat, perfekt werden soll. Der Anspruch auf Auszahlung desjenigen Darlehns, zu dessen Rückzahlung der Schuldner rechtskräftig verurteilt ist, soll also mit der Rechtskraft eben desselben zur Rückzahlung verurteilenden Urteils zur Entstehung gelangen.

In dieser scheinbar harmlosen Form verbirgt sich aber eine große Gefahr. Denn der Anspruch auf Auszahlung eines Darlehns kann nicht entstehen, wenn zur Rückzahlung desselben Darlehns verurteilt ist. Der Anspruch müßte hier durch seinen Untergang begründet werden. Denn in dem zur Rückzahlung des Darlehns verurteilenden Urteil ist implizite enthalten, daß, wenn jemals ein Anspruch auf Auszahlung dieses Darlehns bestanden hat, er jedenfalls am urteilsmäßigen Tage der Hingabe erloschen sein muß. Da der Auszahlungsanspruch durch die Rechtskraft antizipiert als untergegangen zu gelten hat, ist er jedenfalls mit einer zerstörenden Einrede behaftet in die Erscheinung getreten, wenn man nicht direkt sagen will, daß er überhaupt begrifflich gar nicht entstehen konnte. Eine Möglichkeit, die Auszahlung des Darlehns zu erzwingen, ist nicht vorhanden. Denn im Falle einer Klage würde stets der Umstand, daß der Judikatsanspruch dem identischen Auszahlungsanspruch aufrechenbar gegenübertritt, den Beweis dafür erbringen, daß, wenn auch verschleiert, „eadem quaestio inter easdem personas revocatur“. Die Rechtskraft steht einer solchen Klage entgegen. — Diese Ausführungen waren erforderlich, weil der Gedanke nahe liegt, daß der Schuldner mit seinem Anspruch auf Auszahlung der übrigbleibenden Summe (von 400 M.) aufrechnend gemäß § 767 ZPO. die Vollstreckung in dieser Höhe zurückweisen könnte. Dies ist aber, wie gezeigt, ein circulus vitiosus; denn der Urteilsanspruch beruht ja darauf, daß jener Auszahlungsanspruch untergegangen ist.

Zu ganz anderen Ergebnissen würde man kommen, wenn man entgegen der von uns gebilligten, auch in der Literatur vorherrschenden Ansicht[8]) mit dem Reichsgericht[9]) die Einrede des „simulierten Judikats“ zulassen wollte. Zunächst einmal würde kein wirkungsloser Anspruch, sondern ein nur mit einer vernichtbaren Einrede behafteter entstehen. Der Schuldner könnte nach dieser Ansicht sehr wohl erfolgreich Klage auf Auszahlung der Restsumme erheben. Wenn der Gläubiger sich auf die Rechtskraft beriefe, so würde diese Einrede durch die Replicatio des „simulierten Judikats“ zurückgeschlagen werden. In der Tat könnte hier der Anspruch trotz der Rechtskraft entstehen und müßte durchgesetzt werden. Man würde dies Ergebnis vielleicht für sehr human halten, dabei aber übersehen, daß dies nichts weiter als eine Zwickmühle wäre, da der Geldverleiher nun seinerseits wieder auf Rückzahlung der Summe klagen könnte. Wollte man dieser Klage gegenüber eine exceptio doli zulassen, so würde man mit dem eigenen Prinzip, das die Wirkungslosigkeit des Urteils ausspricht, in Widerspruch treten. Die Sachlage hätte sich u. E. damit nicht viel geändert; es würden für den Geldverleiher nun zwei Vollstreckungstitel bestehen.

Immerhin wäre es ja auch denkbar, daß die Einrede des „simulierten Judikats“ in der Vollstreckungsinstanz auftreten und im Wege des § 767 ZPO. geltend gemacht würde[10]). Dies ist jedoch schon deswegen ausgeschlossen, weil der „Einwand des Scheinprozesses“ nicht erst nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden, sondern der Prozeß von Anfang an von der „Simulation“ durch-

[8]) So Hellwig: Lehrbuch II, S. 35, und Prozeßhandlung, S. 63 Anm. 7; Staudinger, zu § 117 BGB. a. E.; Gaupp-Stein I, S. 760 u. a.

[9]) RG. 36, S. 249; 46, S. 334. JW. 98, S. 209 ff.; S. 372. Schneider: Treu und Glauben im Ziv.-Proz., S. 40. Degenkolb: Einlassungszwang, S. 238. Petersen II, zu § 767 ZPO.

[10]) Damit wäre dem Beklagten allerdings geholfen.

zogen ist[11]). U. E. könnte jene Einrede überhaupt nur in etwas anderem Zusammenhange richtig vorgebracht werden, nämlich etwa folgendermaßen: Der Schuldner stellt im Wege der Vollstreckungsgegenklage seinen Anspruch auf Auszahlung der Restsumme zur Aufrechnung. Würde sich der Gläubiger demgegenüber auf die Rechtskraft des Urteils berufen, so würde die Replik des „simulierten Judikats" Platz greifen. — Der Urteilsanspruch selbst wird durch jene Einrede nicht berührt; nur der Gegenanspruch wird durch sie wirksam gemacht. Man käme hier also wirklich, da die Voraussetzungen des § 767 ZPO. vorliegen, zu dem widersinnigen Ergebnis, daß der Anspruch auf Rückzahlung gegen den Anspruch auf Auszahlung desselben Darlehns aufgerechnet werden könnte. Ein solches Resultat, demzufolge eine Forderung gegen das Spiegelbild[12]) ihrer selbst aufgerechnet werden kann, muß auf falschen Grundlagen beruhen. Also auch in ihren möglichen praktischen Konsequenzen ist jene Auffassung unzutreffend.

Außerdem scheint sie uns in direktem Widerspruch zu der Ansicht des Reichsgerichts über das Wesen der Rechtskraft zu stehen, da hier gerade der typische Fall für die Entstehung einer „obligatio judicati" gegeben ist. Das Reichsgericht nimmt nämlich mit der Mehrzahl der Schriftsteller an, daß das Leistungsurteil materielles Recht zu schaffen imstande ist, so daß „ein vorher in Wirklichkeit nicht vorhandenes Recht von nun an zu einem bestehenden wird"[13]).

[11]) Die widerspruchsvolle Einrede, daß das Urteil simuliert ist, richtet sich auch nicht gegen den Anspruch selbst, sondern nur gegen seine äußere Hülle, und ist daher u. E. gar nicht materieller Natur.

[12]) An diesem circulus vitiosus scheitert u. E. auch schon im Grunde genommen die Konstruktion W. Jellineks: a. a. O., S. 199.

[13]) JW. 1900, S. 295, Nr. 9: „Diese materielle Rechtskraft finde ihre Schranke an der Vertragsmacht der Parteien. Sie können auch im voraus die materielle Wirkung beseitigen." Ein solch allgemeiner Verzicht auf das der öffentlichen Rechtsordnung entstammende Institut der Rechtskraft ist ebenso unmöglich wie ein Verzicht auf staatlichen

Der Gläubiger hätte also einen zivilen Anspruch gegen den Schuldner, den selbständigen „Judikatsanspruch", erlangt. Läßt man nun noch den Begriff des simulierten Judikats zu, so ist damit zu gleicher Zeit gesagt:

1. der Kläger hat den zivilen Anspruch auf Grund der Rechtskraft;
2. er hat ihn nicht, da das Urteil simuliert ist.

Diese beiden Begriffe schließen einander also notwendigerweise aus. Was nun die Frage der materiellen Rechtskraft betrifft, ob sie lediglich prozessuale oder materielle Wirkung hat, so können wir von einer näheren Erörterung dieser Streitfrage hier absehen. U. E. sprechen für ihre lediglich prozessuale Natur (im Sinne von Stein-Hellwig[14])

1. der Umstand, daß nur das unrichtige Urteil das materielle Recht ändern würde,
2. bei der Feststellungsklage die materielle Wirkung ohne weiteres ausgeschlossen ist,
3. die Rechtskraft sich an einen prozessualen Akt, das Urteil, knüpft.

Das Wesen der Rechtskraft besteht für uns darin, daß „das im rechtskräftigen Urteil Entschiedene kraft des Urteils Recht ist"[15]), daß das Rechtsverhältnis unter den Parteien unabänderlich geregelt, der zweite Richter an diese Entscheidung gebunden ist. Es entspricht somit auch der Autorität der Gerichte, daß sie gezwungen sind,

---

Schutz durch die Polizei oder eine sonstige staatliche Einrichtung. Denkbar wäre es höchstens, daß die Anerkennung der Verfügung über künftige Rechte der Rechtskraft die Spitze abbrechen könnte. Man denke an einen vorherigen Erlaß des Judikatsanspruchs, z. B. in dem Falle des Scheinprozesses, wo zur Benachteiligung der Gläubiger gepfändet werden soll (vgl. S. 87 A. 64) oder im Falle eines scherzhaft erwirkten Urteils.

[14]) Hellwig: Rechtskraft, S. 1 ff.; Stein, zu § 322 ZPO.

[15]) Mendelssohn Bartholdy: a. a. O., S. 304.

die Rechtskraft der von ihnen gefällten Entscheidung von Amts wegen zu berücksichtigen[16]).

Nachdem wir nun den Begriff des simulierten Judikats und die Möglichkeit einer Vollstreckungsgegenklage, die sich auf die Einrede des „simulierten Judikats" oder eine Aufrechnungseinrede stützen würde, abgelehnt haben, kommen noch folgende Schutzbehelfe in Betracht:

1. Eine negative Feststellungsklage würde, da sie erst während der Zwangsvollstreckung erhoben werden könnte, und es auf schleunige Hilfe ankommt, zu nichts nütze sein. Außerdem ist sie u. E. überhaupt unzulässig[17]): sobald sie auf Nichtbestehen des Anspruchs gerichtet wäre, verstößt sie gegen die Rechtskraft, falls sie auf Nichtbestehen des Vollstreckungsrechts ginge, wäre sie gemäß § 256 ZPO. ausgeschlossen, da es sich um kein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, sondern um ein publizistisches zwischen Staat und Bürger handelt. Diese Frage ist allerdings nicht unbestritten, z. B. halten Stein und Langheineken eine Feststellungsklage auf Bestehen publizistischer Widerspruchsrechte für zulässig[18]). Zu diesem Zwecke müßte das Widerspruchsrecht aber erst begründet sein, und dies wäre eben nur dann möglich, wenn der zu realisierende Urteilsanspruch selbst weggefallen oder durch Einwendungen entkräftet werden könnte. Ein Widerspruchsrecht, das sich gegen die Vollstreckung eines wirksam bestehen bleibenden Urteilsanspruchs nicht zerstörend richten kann, kann losgelöst von dieser rechtlichen Unterlage unmöglich gemäß § 256 ZPO. festgestellt werden.

2. Eine Vollstreckungsgegenklage, die sich auf einen etwaigen vertraglichen temporären Ausfluß der Zwangs-

[16]) Ebenso Hellwig: Anspruch III, S. 167; Gaupp-Stein, zu § 322 ZPO.; Bülow: Arch. Ziv. Prax., Bd. 83, S. 1 ff.; Seuffert I, zu § 322 ZPO. u. a.

[17]) Für zulässig hält sie Engelmann: a. a. O., S. 185.

[18]) Stein: Bindende Kraft, S. 16. Langheineken, Urteilsanspruch, S. 162. Dagegen Hellwig: Anspruch, S. 487 ff.

vollstreckung gründet, ist ohne weiteres hinfällig, denn ein solcher Vertrag ist materiell und prozessual wirkungslos (vergl. § 7). Aber selbst wenn man ihn für giltig hält, könnte niemals eine materielle Einwendung gegen den Urteilsanspruch selbst in Frage kommen[19]), sondern nur ein prozessualer Einwand, welcher sich gegen die Vollstreckung dieses Anspruchs richten würde und ebensowenig materiell wäre, wie der Einwand der ‚vertragsmäßigen Beendigung eines Rechtsstreites'. Der Anspruch selbst kann also niemals materiell berührt werden, er bliebe trotz des prozessualen Einwands intakt. Der temporäre Ausschluß der Zwangsvollstreckung könnte gemäß § 767 ZPO. vielmehr nur geltend gemacht werden, wenn darin eine Beschränkung, Stundung des Anspruchs[20]) enthalten ist. Ein Stundungsvertrag, bedingt durch das Rechtskräftigwerden des Urteils über den Urteilsanspruch, ließe sich allenfalls konstruieren. Vom Standpunkt der Vertreter der „Judikatsobligation" aus läßt sich dies zweifellos begründen, ob auch von der Stein-Hellwigschen Anschauung aus, erscheint fraglich. Auf jeden Fall aber könnte die Vollstreckungsgegenklage auch hiernach nicht durchdringen. Denn der Urteilsanspruch müßte bis zur vollen Auszahlung der Restsumme gestundet sein. Dies wäre aber derselbe circulus vitiosus, wie die Aufrechnungseinrede aus dem Darlehnsvorvertrag. Der Anspruch aus dem Urteil, das zur Rückzahlung des Darlehns verurteilt, kann nicht dahin modifiziert werden, daß er

[19]) Zu ihrer Begründung läßt sich auch nicht anführen, daß bei diesem Exklusivvertrag (ebenso, wie bei demjenigen, der sämtliche Gerichtsstände ausschließen soll) „die Ansprüche reaktionsunfähig würden" (Kohler: Beiträge, S. 144) und der Vertrag nicht mehr als prozessualer, sondern als zivilistischer anzusehen sei. Wenn er lediglich zivilistisch ist, kann er sich nicht ausschließlich mit dem prozessualen Institut der Vollstreckung beschäftigen, sondern muß vor allem zivilrechtliche Zwecke verfolgen, d. h. den materiellen Anspruch selbst sich zum Gegenstand machen. Dann handelt es sich aber um Erlaß oder Stundung.

[20]) Ebenso Gaupp-Stein, zu § 767 ZPO, Hamburger: a. a. O., S. 78.

gestundet sein solle, bis das dem rechtskräftigen Urteil gemäß als ausgezahlt zugrunde gelegte Darlehn tatsächlich ausgezahlt ist. Es wäre dies widersinnig und wiederum eine verschleierte Einrede des „simulierten Judikats".

3. Kann endlich die Klage aus 767 ZPO. auf eine exceptio doli generalis gestützt werden? Ihre Anwendung hängt jedenfalls davon ab, ob nach vollendeter Zwangsvollstreckung eine Schadensersatzklage aus § 826 BGB zu gewähren ist. Bejahen wir diese, so wird man sich auch schon vorher mit der entsprechenden Einrede verteidigen können. Liegt also, so haben wir uns zu fragen, eine vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung vor? (von der Rechtskraftfrage sehen wir vorerst einmal ab).

Um diese Frage zu beantworten, wird es von Bedeutung werden, ob sich hinter den Abmachungen eine Arglist verbirgt oder nicht. Zu verneinen ist sie z. B., wenn in unserem Falle der Kläger von vornherein die Absicht hatte, die ganze Summe später auszubezahlen und etwa infolge plötzlichen Vermögensverfalls zur Ausübung seines formalen Rechts genötigt wurde. Es läßt sich überhaupt nicht generell sagen, daß die Vollstreckung eines materiell unrichtigen Urteils gegen die guten Sitten verstieße[21]), so z. B. in Fällen, wo der Judikatsanspruch gepfändet, an gutgläubige Dritte zediert und dann vollstreckt wird. Unter solchen allerdings unwahrscheinlichen Umständen müßte Klage und Einrede aus § 826 BGB. entfallen.

Es käme zur nachträglichen Ausgleichung des Schadens höchstens noch eine Klage aus § 812 BGB. in Betracht. Aber auch dieser Rechtsbehelf versagt[22]), da das, was auf Grund eines unanfechtbaren rechtskräftigen Urteils geleistet ist, nicht „ohne rechtlichen Grund" erlangt ist. Dies Ergebnis ist auch nicht unbillig, denn der Schuldner

[21]) Übereinstimmend Oertmann I zu § 826 BGB., S. 1082 u. a.

[22]) Ebenso die überwiegende Meinung; auch das Reichsgericht, z. B. Bd. 36, S. 205.

hat sich ja selbst der Möglichkeit beraubt, den wirksamen Schutz der Gerichte anzurufen, indem er durch Zusammenwirken mit dem Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil herbeigeführt und ertäuscht hat. Die Autorität der Gerichte darf nicht zur willkürlichen Verfügung der Parteien stehen.

Anders gestalten sich die Verhältnisse natürlich, wenn eine Arglist, insbesondere ein Delikt vorliegt, der Gläubiger den Schuldner von vornherein hat bewuchern oder betrügen wollen. Dann wäre Klage und Einrede aus § 826 BGB. ihrem objektiven Inhalt nach wenigstens gerechtfertigt[23]. — Wir treten jetzt in die Besprechung der vielerörterten Frage ein, ob im Falle der Begründetheit der Restitutionsklage[24]) zur Wahl bzw. nach Ablauf der Restitutionsfrist noch eine nicht an die erschwerten Formen der §§ 580 ff. ZPO. gebundene Klage aus § 826 BGB. erhoben werden könnte, da sie bejahendenfalls entweder selbst oder in Form der Unterlassungsklage gefolgt von einer einstweiligen Verfügung den durch Vollstreckung drohenden Schaden abwenden würde.

Bevor wir endgiltig zur Konkurrenz beider Klagen Stellung nehmen, fragt es sich zunächst, wann der Schade gemäß § 826 BGB. entstanden ist. U. E. ist diese Frage dahin zu entscheiden, daß er in abstrakto mit der Rechtskraft des Urteils eingetreten ist; er besteht in der jederzeitigen Verwirklichungsmöglichkeit des Urteilsanspruches. Ähnlich liegt es, wenn man einen anderen durch Betrug zur Ausstellung eines Wechsels bestimmt: Der abstrakte Schaden ist mit seiner Aushändigung entstanden. Konkrete Gestalt gewinnt er jedoch erst mit Weiterbegebung des Wechsels oder gar der Realisierung des Wechselanspruchs. In entsprechender Weise konkretisiert sich hier der Schaden, wenn von dem Vollstreckungsrecht Gebrauch gemacht wird.

[23]) Eine mit dem § 826 BGB. konkurrierende Kontraktsklage entfällt ohne weiteres, da der gesamte Vertrag (schon gemäß § 139 BGB.) nichtig ist.

[24]) Diese stützt sich auf § 580, 4 ZPO.

In der Literatur und Judikatur wird sowohl die Ansicht, daß die Schadenszufügung in der Herbeiführung des Urteils[25]) als auch in dessen Benutzung[26]) liegt, vertreten. Ist nach ersterer Anschauung eine Klage aus § 826 BGB. zulässig und worauf würde sie gemäß § 249 BGB. abzielen? Im Falle der arglistigen Erzielung des Wechselanspruches ginge sie auf Herausgabe des Wechsels. Damit wäre der Anspruch aus der Welt geschafft. Wie kann der Schädiger im Fall eines deliktisch erlangten Judikats jedoch die Naturalherstellung bewirken[27])? Den Staatsakt des Urteils als Inbegriff des Schadens zu beseitigen, kann von ihm, der der Autorität der Gerichte unterworfen ist, nicht verlangt werden. Nur vom Staate kann gefordert werden, daß er unter gewissen Voraussetzungen seinen eigenen Machtspruch außer Kraft setzt. An diesem Punkte grenzen Deliktsund Restitutionsklage direkt aneinander; jetzt trennen sie sich. Die Restitutionsklage geht ihren legitimen Weg, die Deliktsklage versucht durch eine privatrechtliche Hintertür zum Ziele zu gelangen. Man operiert auch hier mit dem Begriff der Naturalherstellung[28]), führt jedoch zur Begründung an, der Kläger wolle sich ja garnicht gegen das Urteil selbst auflehnen, sondern er wolle ja nichts weiter, als die Abwehr der schädlichen Folgen des Urteils. Die Klage könne also sehr wohl darauf gehen, daß der Beklagte für verpflichtet erklärt werden sollte, die Vollstreckung zu unterlassen und den Titel herauszugeben. Das Urteil soll also nicht einheitlich aufgehoben, sondern in einzelne Stücke zerrissen und nur

[25]) z. B. RG. 61, S. 364 ff.; Pagenstecher, J. W., 1908, S. 188.

[26]) So Höniger: a. a. O., S. 1005 ff. RG. 48, S. 118 ff. u. a.

[27]) Unseren Versuch, die Frage zu lösen, werden wir erst später geben; er muß nämlich u. E. im Wege der privatrechtlichen Disposition über den Urteilsanspruch einen gleichwertigen Zustand herstellen.

[28]) RG. 48, S. 118. Staub II, S. 1156 u. a.

ein wesenloses Gerippe übriggelassen werden[29])! Was diese Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung betrifft, so ist sie, jedenfalls nach der u. E. richtigen Auffassung, welche das Vollstreckungsrecht als Recht gegen den Staat betrachtet[30]), überhaupt ein juristischer Nonsens. Der Sieger verlangt Vollstreckung. Er macht von seinem publizistischen Recht Gebrauch, der Staat ist verpflichtet, sie durchzuführen. Wenn man also nach Geltendmachung dieses Rechtes Unterlassung der Vollstreckung verlangt, so wendet man sich garnicht mehr gegen den Urteilssieger, sondern gegen den Staat selbst. Man will die Staatsgewalt mit der Staatsgewalt austreiben. — Aber selbst, wenn man diese publizistische Seite nicht so scharf oder überhaupt nicht hervorkehren wollte, so steht doch immerhin folgendes fest: Die Vollstreckung ist normalerweise[31]) eine unumgänglich notwendige Folge des verurteilenden Urteils. Urteil und Vollstreckung sind also durch feste, unzertrennliche Fäden miteinander verbunden. Das Urteil setzt sich in der Vollstreckung fort. Man zerreißt also das staatlich sanktionierte Band, das Urteil und Urteilsfolge miteinander verbindet und läßt einen sinnlosen Rest übrig[32]), wenn man das Leistungsurteil und die ihm einen realen logischen Zweck gebende Vollstreckung, die nur als einheitliches Ganzes Hand und Fuß haben, auseinander bricht. Diese Vergewaltigung des

[29]) Kann man, statt eine Eheanfechtungsklage auf Grund von § 1334 BGB. zu erheben, nach § 826 BGB. eine Naturalherstellung verlangen? Also z. B. auf Unterlassung der Namensführung, auf Unterlassung der Geltendmachung von Ansprüchen aus § 1360 BGB. usw. klagen und jene einheitliche Klage in lauter einzelne Spezialklagen zerlegen?

[30]) Vergl. Hellwig: Klagrecht, § 3. Stein: Voraussetzungen des Rechtssch., S. 1. G. Jellinek, S. 121 ff., a. a. O.

[31]) Falls nicht freiwillig erfüllt wird oder die Vollstreckung unmöglich ist.

[32]) Im Gegensatz dazu nimmt die gesetzmäßige Klage aus § 767 ZPO. dem Urteil seine sinngemäße Unterlage, indem der Anspruch selbst getroffen wird.

Urteils ist u. E. undenkbar, weil der durch Urteil festgestellte Anspruch selbst trotzdem sanktioniert bleibt und trotz dieser fortbestehenden staatlichen Anerkennung in die Realität sich umzusetzen, staatlich verhindert wird. Was bleibt denn hier für ein Gebilde übrig? Ein rechtskräftiges Urteil, ohne die Kraft eines solchen, ein urteilsmäßig anerkannter, zu realisierender Anspruch, dem die Macht zur Realisierung zu gleicher Zeit gegeben bleibt und doch genommen ist? Dieser Widerspruch läßt sich unmöglich rechtfertigen. Die Klage aus § 826 BGB. vor oder während der Zwangsvollstreckung (im Sinne des RGZ., bes. 61, S. 364) ist also ausgeschlossen; sie verlangt vom Gericht etwas Unmögliches.

Etwas schwieriger wird die Entscheidung allerdings, wenn man die Benutzung des Urteils für die eigentlich schädigende Handlung hält, weil hier der Verstoß gegen die Rechtskraft selbst nicht so klar zutage liegt. Wäre es hier zulässig, die Folgen des Urteils durch Klage aus § 826 BGB. zu beseitigen oder die drohend bevorstehenden Wirkungen des Urteils durch Unterlassungsklage abzuwehren? Zu diesem Zwecke ist es von Wichtigkeit zu untersuchen, in welchem Verhältnis die Klage aus 826 BGB. zur Restitutionsklage stehen würde.

1. Steht jede zur Wahl?[33])
2. Ist die actio doli nur zulässig, wenn die Voraussetzungen der Restitutionsklage weggefallen sind?[34])
3. Ist sie überhaupt unzulässig?[35])

Läßt sich zunächst die Behauptung rechtfertigen, daß die Restitutionsklage und die Klage aus § 826 BGB. nach Belieben dem Verletzten zur Verfügung stünden? Jeder, dem es zu umständlich und langwierig wäre, den schweren Apparat der Restitutionsklage in Bewegung zu setzen, sollte diese Mühe ohne weiteres vermeiden können, wenn

[33]) So besonders Dernburg: DJZ., 1905, S. 465 ff.
[34]) So besonders Kohler: Enzyklopädie II, S. 150.
[35]) So besonders Hellwig: Klagrecht, S. 78.

er sich auf § 826 BGB. beruft, und gestützt darauf, in kürzerer Zeit dasselbe erreichen, als wenn er die strengen Vorschriften der §§ 580 ff ZPO. befolgt hätte! Es scheint uns dies eine Überspannung der Macht des Zivilrechts und eine Verkennung des Zweckes der Restitutionsklage zu sein. Da die ZPO. der Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils die schwersten Hindernisse in den Weg legt und auf diese Weise, indem sie die Voraussetzungen dafür auf das genaueste normiert, deutlich zu erkennen gibt, daß das Urteil mit seinen Folgen normaler Weise als unantastbar für immer fixiert sein solle, so widerspricht es der ratio legis, diesen potenzierten Erschwerungen gegenüber das, was das Gesetz hat verhindern wollen, nämlich eine frivole und leichtfertige Anfechtung der Urteilsmacht, schlau zu umgehen und sich darauf zu berufen, man wolle ja keineswegs das Urteil, sondern nur die Wirkungen des Urteils beseitigen: „Es handelt sich nicht darum, den Bestand des rechtskräftigen Urteils an sich wieder in Frage zu stellen, sondern darum, eine Ausgleichung des eben durch diesen Bestand und dessen formelle Rechtslage verursachten Schadens herbeizuführen. Die Rechtskraftwirkung vermag nicht den fundamentalen Rechtssatz außer Kraft zu setzen, wonach die vorsätzliche Rechtsverletzung zum Ersatz des dadurch entstehenden Schadens verpflichtet“[36]). Dies ist aber nur eine Scheindeduktion, denn das kondemnierende Urteil äußert seine Existenz überhaupt erst durch die Exekution, dies ist der Kern, die Seele dieses Urteils. Wenn man aber dem Urteil seinen Lebensinhalt nimmt, so wendet man sich eben gegen das Urteil selbst.

Man verlangt im Fall der Unterlassungsklage Recht gegenüber der Verwirklichung des durch das Urteil als berechtigt festgestellten Rechtes des Gegners. Da nun aber in einem Prozeß nicht beide Parteien im Rechte sein können, die eine ein Recht zur Realisierung, die andere

[36]) RG. Bd. 46, S. 77.

ein Recht gegen die Realisierung haben kann, so muß eben die Berechtigung des einen an der des anderen scheitern; da ferner bis zur Reszission eines Urteils eine unwiderlegliche Vermutung für das Recht des Urteilssiegers besteht, so muß das geltend gemachte Recht des Klägers an dem urteilsmäßig statuierten Recht des Beklagten zurückprallen. Der Richter hat nicht die Macht, durch die schlagendsten Gründe von der Unrichtigkeit des Urteils überzeugt, lediglich auf Grund der billigen Stütze der Unsittlichkeit sich über dieses hinwegzusetzen.

Dasselbe nun gilt für die Klage aus § 826 BGB. selbst. Hier kann der Richter nicht dem Kläger das Recht zugestehen, Schadensersatz zu verlangen, weil der Gegner von dem durch Urteil verliehenen Rechte Gebrauch machte. Dazu müßte erst das urteilsmäßige Recht sich als Unrecht darstellen; um dies zu erreichen, würde aber das Urteil selbst aufgehoben werden müssen. Solange das Urteil besteht, bleibt das Urteilsrecht als Recht sanktioniert. Will man seine Ausübung trotzdem als zum Schaden verpflichtendes Unrecht auffassen, so verstößt man damit gegen die Rechtskraft des dieses Urteilsrecht als Recht anerkennenden Urteils.

Es wird hier allerdings die Differenz der Ansichten über die materielle Rechtskraft von Bedeutung. Wenn man das Wesen der Rechtskraft in der Entstehung einer obligatio judicati erblickt, so ist es verständlich, wenn z. B. Oertmann sagt: „Falls die Rechtskraft materielles Recht zu verschaffen vermag, soweit daselbe vorher noch nicht vorhanden war, so ist es nicht anzunehmen, daß dieses Rechtskraftrecht sacrosankter sei, als anderes Privatrecht, und dessen Vorhandensein schließt ja die Anwendung des § 826 BGB. nicht unbedingt aus“ [37]). Es scheint uns diese Ausführung aber nicht überzeugend zu sein. Es besteht u. E. auch nach dieser Ansicht ein großer Unterschied zwischen dem „Rechtskraftrecht“ und dem gewöhn-

[37]) Oertmann: Kommentar II zu § 826. S. 1082.

lichen Privatrecht. Dieses ist durch zivilen Parteiakt geschaffen und naturgemäß nicht „sakrosankt". Jenes ist aber durch Staatsakt geschaffen, durch die Autorität der Gerichte schon sanktioniert, also bereits eine Stufe weiter, als das gewöhnliche Privatrecht gediehen. Das Urteil ist für die Berechtigung der Durchführung des Urteilsanspruches verantwortlich. Greift man also die Ausübung des Urteilsanspruches als unberechtigt an, so rüttelt man an dem den Urteilsanspruch „sakrosankt" stempelnden Urteile selbst. Gegen die Rechtskraft wendet man sich also auch hier, und die auctoritas rei judicatae, die uns für „Rechtsgewißheit und Rechtsfrieden bürgt"[38]), darf allerdings auf diesem illegitimen Wege nicht erschüttert werden.

Jedoch darf sie zur Aufrechterhaltung ihrer Macht auch nicht das Werk des Verbrechers schützend mit dem Mantel der Unbestreitbarkeit decken und ihm möglicherweiser zum Siege verhelfen. Es scheint uns daher immerhin die unverhohlene Ansicht des RG. BD. 61 S. 367 „die Wirkung der Rechtskraft müsse da zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, dem was nicht recht ist, den Stempel des Rechts zu geben", sachlich allein zu einem richtigen Ergebnisse zu führen, in dieser krassen Form jedoch aus den oben genannten Gründen mit dem Wesen der Rechtskraft völlig unvereinbar zu sein. Die Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung, sowie die spätere Klage aus § 826 BGB., muß an der Rechtskraft zurückprallen[39]).

[38]) Hellwig Recht a. E.

[39]) Ebenso Hellwig: Klagrecht S. 78; Lehrbuch II S. 45 Anm. 22. Gaupp-Stein I zu § 322. Kleinfeller: Bay. Z. 1906 S. 1 ff. Pagenstecher: Rechtskraft S. 396. J. W. 1908 S. 187. Goldschmidt: Ung. Vollstr. Betr. S. 40–41. Wach: Urteilsnichtigkeit S. 391.

Anders die überwiegende Meinung: R. G. Bd. 39 S. 412. Bd. 46 S. 75 ff. 61 S. 364 ff Dernburg, DJZ 1905 S. 405. Höniger: DJZ 1905 S. 1005. Rehbein: DJZ 1905 S. 1009. Staudinger II S. 1450. Kuttner a. a. O. S. 204 ff. Rumpf a. a. O. S. 403 ff. W. Jellinek a. a. O. S. 190. Crome a. a. O. S. 1042. Planck: zu § 826 BGB. Örtmann I S. 1082 u. a.

Auch nach Ablauf der Restitutionsfrist ist die Sachlage zwar ideell aber nicht formell verschieden. Hier besteht allerdings ein dringendes Bedürfnis, die schwere Ungerechtigkeit, welche in der wirksamen Ausbeutung der Rechtskraft liegen würde, zu verhindern. Aber der Anwendung des § 826 BGB. stehen dieselben Bedenken, wie zuvor, in verstärktem Maße entgegen: dasselbe Bedenken der entgegenstehenden Rechtskraft und die sinngemäße Erwägung, daß, wenn das Gesetz nicht einmal die Restitutionsklage, die insbesondere an das strenge Erfordernis einer strafrechtlichen Verurteilung geknüpft ist, mehr zuläßt, die leichtere bequemere Klage aus § 826 BGB. um soviel weniger zulässig sein kann.

Und doch scheint uns der Weg auffindbar zu sein, auf dem diese Schwierigkeiten gelöst werden können. Es ist schon oft der Versuch gemacht worden, den durch Zwangsvollstreckung bedrohten Schuldner dem betrügerischen Gläubiger gegenüber zu schützen[40]). So hat besonders Wendt die exceptio doli generalis herangezogen, und auf sie eine Klage aus § 767 ZPO. zu stützen versucht[41]). Wenn man eine solche überhaupt anerkennen will, worüber die Meinungen sehr geteilt sind, so ist es jedenfalls recht zweifelhaft, ob sie unter den § 767 ZPO. fällt. Wendt und Geib begründen ihre Ansicht damit, daß sie den Be-

[40]) U. E. operieren alle diesen Zweck verfolgenden Ansichten, ohne sich dessen bewußt zu werden, mit dem Begriff des simulierten Judikats, oder sie verstoßen rücksichtslos gegen die Rechtskraft. So ist u. a. auch der von Dalberg a. a. O. vorgeschlagene Weg nicht zu billigen, der ein dem Fr. 7 § 9 Dig. 4, 3 entsprechendes Verfahren begründen will. Der Schaden läge in dem Bestehen des Urteils und müsse nach § 249 BGB. beseitigt werden. Der Betrüger wäre verpflichtet, das Urteil nicht zu benutzen und den Prozeß noch einmal zu führen: also Klage auf Wiederholung eines Prozesses, der schon durch rechtskräftiges Urteil entschieden ist, das der Richter ohne schärfsten Verstoß gegen die Rechtskraft doch nicht einfach ignorieren kann, um in derselben Sache noch einmal ein Urteil zu sprechen.

[41]) Arch. Ziv. Prax. Bd. 100. Ähnlich schon Kohler, Arch. Ziv. Prax. Bd. 80 S. 192. Görres, ZZP. Bd. 34 S. 23.

griff des „dolus praesens“ zu Hilfe nehmen. In der Benutzung des dolos herbeigeführten Urteils müsse ein neuer „dolus praesens“ erblickt werden, auf den sich § 767 ZPO. stützen lasse. Es müsse die im Vollstreckungsbetrieb enthaltene Anspruchbetätigung für unzulässig erklärt, „die Vollstreckbarkeit solle nicht aufgehoben, sondern nur der dolose Charakter und seine Unstatthaftigkeit festgestellt werden“ [42]). Daß das Urteil dolos herbeigeführt sei, ist richtig. Daß die Vollstreckung einen neuen „dolus praesens“ darstellt, ist auch zutreffend. Daraus folgt aber noch nicht, daß die exceptio doli sich gegen den Urteilsanspruch selbst richtet. Wenn die Vollstreckung einen neuen „dolus praesens“ darstellt, so ist eben die Vollstreckung aus dem Urteil dolos. Diese exceptio trifft dann aber nicht den Anspruch, sondern nur die Realisierung des Anspruchs, die Vollstreckung. Dann liegt aber keine materielle Einwendung gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch selbst vor, und über diesen Mangel kann auch der Geibsche Begriff der „Anspruchsbetätigung“ nicht hinwegtäuschen; denn der Anspruch wird ja vom Staat und nicht vom Gegner „betätigt“.

Also auch diese Ansicht kann wohl keine stichhaltige Begründung für die Anwendbarkeit des § 767 ZPO. geben; sie führt uns aber vielleicht auf eine richtige Bahn.

U. E. bietet uns § 853 BGB. einen Anhaltspunkt, mit dessen Hilfe wir zum Ziele kommen könnten, um einerseits den Betrüger nicht die Früchte seiner Tat genießen zu lassen, andererseits eine Entwertung der Rechtskraft zu vermeiden und sie auf möglichst legitimem Wege unschädlich zu machen. Schon Kuttner[43]) hat, wenn auch in anderer Weise, den § 853 BGB. herangezogen. Seine Ausführungen, welche mit der Verbindung der §§ 853, 826, 249, 161, 2 BGB. und dem Begriff der privatrecht-

[42]) Geib a. a. O. S. 137.

[43]) a. a. O., S. 17, bes. S. 203.

lichen Nebenwirkungen des Urteils operieren, gehen dahin, daß derjenige, welcher gegen § 826 BGB. verstoßend einen ihm vorteilhaften zivilistischen Tatbestand herbeigeführt hat, durch den Einwand der Arglist verhindert werden soll, hieraus zu seinen Gunsten Rechte (auch publizistische?) herzuleiten; sucht er aus diesem Verhalten dennoch einen rechtlichen Vorteil zu ziehen, so gilt gemäß § 162, 2 BGB. der Eintritt jenes Tatumstandes als nicht erfolgt, die damit sonst normaler Weise verbundenen Rechtswirkungen fallen aus, man wäre gar nicht bloß auf den Weg des § 767 ZPO. angewiesen. — Diese Kuttnersche Argumentation bedeutet also: Unwirksamkeit des Judikats, indem man den Staatsakt des Urteils einem zivilen Tatbestand gleichstellt und denselben Erlöschungsgründen, wie Zivilakte unterwirft. Das rechtkräftige Urteil läßt sich aber u. E. nicht mit Argumenten des Zivilrechts aus der Welt schaffen, sondern nur mit Mitteln des Prozeßrechts, darin scheint uns der Trugschluß zu liegen. Dann kann man auch schon von vornherein mit dem RGZ. Wirkungslosigkeit des simulierten Judikats annehmen.

Unser Ziel muß es also sein, lediglich auf die Einrede des § 853 BGB. eine Vollstreckungsgegenklage zu gründen. Wenn wir jedoch die Deliktseinrede contra rem judicatam zulassen, so müssen wir konsequenterweise auch die actio ex delicto selbst gewähren, jedoch nicht im Sinne der vorherrschenden Meinung und des Reichsgerichts. Diese oft ausgesprochene Auffassung, die im Ergebnis eigentlich allein dem gesunden Empfinden entspricht, begeht u. E. vor allem den Fehler, daß sie sich über das Institut der Rechtskraft einfach hinwegsetzt und ihre Wirkung ohne weiteres auf illegitimem Wege bricht. Denn dem Gläubiger ist ja durch das rechtskräftige Urteil ein Anspruch zugebilligt, er hat ein Recht dazu, ihn durch Vollstreckung zu verwirklichen. Macht er jedoch von seinem Recht Gebrauch, so soll die durch die Rechtskraft anerkannte Rechtsausübung eine privatrechtlich unerlaubte Handlung sein und ihn zum

Schadensersatz verpflichten[44]). Es ist nun weiterhin überhaupt nicht recht verständlich, an welcher Stelle die vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Handlung liegen soll, aus der die Klage entspringen kann. Denn der Gläubiger selbst nimmt ja garnicht die schädigende Vollstreckung vor, sondern der Gerichtsvollzieher, ein Staatsbeamter, führt eine amtsmäßig berechtigte Handlung aus. Die pflichtmäßige Vollstreckung als solche kann doch also nicht sittenwidrig sein, und den sich auf den Vollstreckungstitel gründenden Auftrag des Gläubigers an den Gerichtsvollzieher, die Vollstreckung vorzunehmen, kann man doch auch schwerlich als sittenwidrig bezeichnen; eine Schadenszufügung begründet der Auftrag als solcher jedenfalls nicht[45]). Wäre die Pfändung wirklich gemäß § 826 BGB. unerlaubt, dann wäre sie ja

[44]) Diesen soll aber dasselbe Rechtsschutzorgan zubilligen, das die Herbeiführung des Schadens durch Urteil gutgeheißen hat. (Vgl. auch § 717 ZPO. als arg. e contr.)

[45]) Analog steht es auch mit der dolosen Herbeiführung des Urteils. Denn das Gericht (meist) I. Instanz fügt ja erst in legitimer Weise den noch nicht definitiven Schaden zu, und dies verstößt doch nicht gegen die guten Sitten. Im übrigen steht es ja der verurteilten Partei auch frei, das Urteil durch Rechtsmittel (oder Einspruch) anzufechten. Unterläßt sie das oder verzichtet sie, so ist die Nichthinderung des Eintritts der ihr ungünstigen Rechtskraft, wenn sie nicht gerade physisch, z. B. durch Nötigung, daran verhindert ist, auf ihre freie Willensentschließung zurückzuführen. Jedenfalls liegt aber doch das Schwergewicht auf der Erzielung der sachlichen Verurteilung und nicht auf der ganz sekundären, prozessual selbstverständlichen und formalen Herbeiführung eines Rechtszustandes, welcher kraft Gesetzes eintreten muß, und noch dazu von der unterlegenen Partei vielleicht zu ihren Gunsten abgewendet werden kann. Die arglistige Partei ist doch nicht verpflichtet, vernunftwidrig zu handeln und die Zustellung des ihr günstigen, dolos erzielten Urteils zu unterlassen; die Zustellung ist ja nur die notwendige Folge der früheren Arglist und nicht eine neue Arglist. Außerdem ist die in der Erwirkung der (farblosen) Rechtskraft angeblich liegende, prinzipale Schadenszufügung deswegen schon äußerst zweifelhaft, weil ja der Erfolg der einzulegenden Rechtsmittel durchaus unsicher ist, und der definitive Schaden also auch ohnedies vielleicht durch

rechtswidrig[46]. und Notwehr dagegen zulässig. Man verfällt hier also von einem Widerspruch in den andern. Verständlicher würde es schon erscheinen, wenn man eine Klage auf § 823 BGB., den man u. E. allein heranziehen darf. um mit der Rechtskraft in Widerspruch zu treten, mit der Begründung stützen würde, daß ein Delikt gegeben ist, welches mit der Vollstreckung in Bezug auf den konkreten Schaden vollendet ist. Die Vollstreckung selbst ist nicht unerlaubt, aber das ganze prozessuale Verfahren ist von einem umfassenden Delikt durchzogen, das ungeachtet der Rechtskraft zum Ersatz des aus ihm entstehenden Schadens verpflichtet. Nun kann man aber doch nicht umhin zu sagen: Ein Delikt ist ja gegeben, aber der reale Schaden ist doch erst durch die Voll-

Zurückweisung der Rechtsmittel eingetreten wäre, insbesondere, wenn sich z. B. das Urteil auf Meineid oder Urkundenfälschung gründet. Aber auch, wenn sich die Arglist tatsächlich nur auf die Erwirkung der Rechtskraft des Urteils beziehen würde, das an und für sich rechtmäßig erlangt ist, so würde u. E. auch hier eine materielle Schädigung selbst bei Vorliegen einer Nötigung (§ 823. II, BGB.) zu verneinen sein, denn in dem Aufgeben oder Nichtgebrauch eines subjektiven Prozeßrechts liegt kein Vermögensschaden. Dieser wird erst durch die Rechtsfolge, die das Gesetz selbst daran knüpft, bewirkt, und diese Rechtsfolge, nämlich hier der Eintritt der publizistischen Rechtskraft, tritt ganz unabhängig mit prozessualer Notwendigkeit von selbst ein. Es fehlt also immer der richtige Kausalzusammenhang. — Eine Schadensersatzklage, die gemäß § 826 (823), 249, 251 BGB. auf Herstellung des Zustandes vor Eintritt der Rechtskraft und mangels dessen auf Geldersatz ginge (so W. Jellinek: S. 197 ff.), muß daher schon aus diesem Grunde entfallen. Abgesehen davon scheitert sie auch daran, daß für die Unmöglichkeit der Wiederherstellung eines für den Kläger noch dazu höchst ungünstigen (und im besten Falle vielleicht zu beseitigenden) Schwebezustandes positiver Geldersatz nicht gefordert werden kann, zumal ein positiver Geldschaden selbst nach Eintritt der Rechtskraft noch gar nicht vorhanden ist; und jene Klage versagt völlig, wenn die Arglist oder das Delikt in der letzten Instanz begangen wird, wo die Urteile ohne Zutun der Parteien sofort mit der Verkündigung schon rechtskräftig werden.

[46]) So mit Recht Enneccerus: a. a. O., S. 605 Anm. 9.

streckung entstanden, und diese war ja auf Grund der Rechtskraft erlaubt.

Es kehrt also auch hier der Widerspruch mit der Rechtskraft wieder, nur mit dem Unterschiede, daß das strafrechtliche Delikt und die Rechtskraft einander ebenbürtige Werte sind, während der materielle Anspruch, der sich auf die billige Stütze der lediglich privatrechtlichen Unerlaubtheit infolge Unsittlichkeit gründet, nicht im entferntesten imstande sein kann, mit dem öffentlichrechtlichen Institut der Rechtskraft in ernsthafte Konkurrenz zu treten.

Wenn wir also der hier entwickelten Auffassung folgen wollen, hätten wir nur zwischen Delikt und Rechtskraft zu wählen, und ließe man eine Deliktsklage (aus § 823, nicht 826 BGB.) zu, so dürften wir nicht davor zurückschrecken, zu sagen, daß die zivilrechtliche Ahndung der Vollstreckung in schärfstem Widerspruch mit der Rechtskraftwirkung steht, da der judikatsmäßig festgestellte Anspruch in gesetzmäßiger Weise realisiert wird, und die Berechtigung dieser Realisierung nicht nur in Frage gestellt, sondern sogar als unerlaubt behandelt wird. Vielleicht ist es jedoch möglich, ohne eine derartige Vergewaltigung der Rechtskraftidee auszukommen, wenn man ihr nur auf die richtige Weise Rechnung zu tragen weiß; und zwar liegt der Schlüssel u. E. darin, daß man unter dem aus dem Delikt entstehenden Schaden das Richtige versteht. Wenn infolge Nötigung, Erpressung, Meineid, Betrug ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, ist bekanntlich der „daraus entstehende Schaden" zu ersetzen. Es ist Naturalherstellung bzw. Herstellung eines gleichwertigen Zustandes zu fordern. Aus dem Delikt ist aber nicht erst mit der Vollstreckung, sondern schon mit der rechtskräftigen Verurteilung ein Schaden entstanden[47]). Er besteht in der judikatsmäßig anerkannten Existenz des

[47]) Vorher kann das Urteil ja noch auf normale Weise durch erfolgreiche Anfechtung im Wege der gewöhnlichen Rechtsmittel

Urteilsanspruchs, der kraft des Vollstreckungsrechts jederzeit verwirklicht werden kann[48]). Veranlaßt man jemanden durch Betrug zum Abschluß eines Vertrages, so ist auch dort ein Schaden vorhanden; er liegt in dem rechtlichen Bestehen des Anspruchs, und dieser Anspruch muß aus der Welt geschafft werden. Ebenso ist die Sachlage hier in erhöhtem Maße, da der Anspruch durch Richterspruch um eine Stufe höher gehoben ist.

Die Deliktsklage könnte nun, da das Vollstreckungsrecht selbst nicht angetastet werden kann, nur eine privatrechtliche Rechtshandlung verlangen. Sie darf sich nicht gegen die Vollstreckung, sondern nur gegen den Urteilsanspruch selbst wenden. Da der Gegner das Urteil als solches nicht beseitigen, noch dem Staat gegenüber auf sein Vollstreckungsrecht verzichten kann, so steht zur Entkräftung seiner Rechte nur eine materielle Verfügung über den durch Urteil anerkannten Anspruch selbst in seiner Macht, d. h. er ist verpflichtet, dem Schuldner den Judikatsanspruch zu erlassen. Weil er den Anspruch infolge eines Delikts zugebilligt erhalten hat, muß er den aus dem Delikt entstandenen Schaden beseitigen, den Anspruch wieder aufgeben.

Nunmehr ergibt sich jedoch eine doppelte Schwierigkeit:

1. Die Vertreter der „Judikatsobligation", welche durch das Urteil einen materiellen Anspruch entstehen lassen, könnten an unserer Konstruktion keinen Anstoß nehmen. Denn es handelt sich eben hier um einen, wenn auch durch Judikat entstandenen, zivilen Anspruch, um eine materielle Bindung unter den Parteien, welche, wie

---

(oder des Einspruchs) vollkommen unschädlich gemacht werden. Der Schaden hängt jetzt noch in der Schwebe; daher ist die Deliktsklage vor Eintritt der Rechtskraft ebenso unmöglich wie die Restitutionsklage.

[48]) Daß durch Anstellung eines außerordentlichen Rechtsbehelfs (Restitutionsklage) der Eintritt eines positiven Geldschadens eventuell doch noch verhindert werden kann, läßt sich gegen unsere Behauptung nicht anführen.

jedes andere private Rechtsverhältnis, privatrechtlich gestaltet werden kann. Infolgedessen ist eine Deliktsklage auf Aufhebung dieses Anspruchs ebenso zulässig, wie z. B. eine Klage aus obligatorischem Erlaßversprechen. Läßt man jedoch die Stein-Hellwigsche Theorie entscheiden, so erscheint die Möglichkeit des Zieles einer solchen Klage fraglich. Denn, wollte man diese Theorie starr durchführen, so ließe sich vielleicht einwenden: Ein Anspruch ist zwar prozeßrechtlich unbestreitbar, materiell besteht aber überhaupt kein Anspruch; infolgedessen kann auch nicht vom Gegner verlangt werden, daß er über einen materiell garnicht bestehenden Anspruch eine Verfügung trifft. – Diese Auffassung würde jedoch u. E. einen Denkfehler begehen, denn die Berechtigung des Anspruchs kann nie wieder in Frage gezogen, die etwaige materielle Verfügungsunmöglichkeit niemals aufgedeckt werden. Daher ist es gleichwertig, ob der Anspruch materiell besteht oder nicht, da seine Rechtmäßigkeit unbestreitbar geworden ist. Der Judikatsanspruch schwebt also auch hier nicht in der publizistischen Luft, sondern bleibt der Rechtsgeschäfte des Zivilrechts, Zession, Erlaß, Stundung fähig, genau, wie jeder andere Anspruch. Die Klage auf Aufhebung des Anspruchs ist also auch nach der Stein-Hellwigschen Theorie, da die privatrechtliche Disposition über den Judikatsanspruch statthaft bleiben muß, nicht logisch verfehlt.

2. Das Verhältnis unser Deliktsklage zur Rechtskraftwirkung ist besonders schwer zu kennzeichnen. Es könnte leicht scheinen, als ob die, die Aufhebung des Anspruchs gebietende, Klage ganz in derselben Weise die Rechtskraft vernichtet, wie die auf Grund der Vollstreckung Schadensersatz verlangende Deliktsklage. Fordert jedoch, so müssen wir uns nun fragen, unsere Klage vom Richter des zweiten Prozesses wirklich, daß er sich über die Rechtskraft des ersten hinwegsetzt, wird derselbe Rechtsfall unter denselben Parteien noch einmal aufgerollt?

Zunächst kommt hier schon von vorherein mildernd in Betracht, daß das rechtskräftige Leistungsurteil seine spezifische Wirksamkeit erst im Vollstreckungsstadium äußert, daß dagegen der Angriff auf den Judikatsanspruch gemacht wird, damit das Vollstreckungsrecht, ehe es entfaltet ist, zusammenbricht. Fernerhin möchten wir zum Nachweis der Berechtigung unserer Klage im allgemeinen besonders auf den § 823, 2 BGB. hinweisen und Wert darauf legen, daß hier ein Schutz-„gesetz" verletzt ist, während der Richter sich nur über seinen eignen Richterspruch hinwegsetzen würde, und daß die Verletzung eines „Schutzgesetzes" stets berücksichtigt werden müßte[49]. Kommen wir nun aber bei diesen Ergebnissen unbedingt mit der Rechtskraft des Urteils in Kollision derart, daß diese durchbrochen wird?

Die Sachlage ist folgende: Auf Grund des Urteils hat der Gläubiger allerdings eine gültige Forderung, die nicht wieder in Frage gezogen werden kann. Eine dahin zielende Absicht verfolgt aber die Deliktsklage garnicht. Die judikatsmäßige Berechtigung der Forderung soll nicht in Zweifel gezogen werden. Es ist jedoch ein Schutzgesetz verletzt und diese Verletzung des Schutzgesetzes ist der Richter zu prüfen verpflichtet. Von dem zweiten Richter wird nicht verlangt, daß er das streitige Rechtsverhältnis unter den Parteien wieder von neuem aufrollen läßt[50]), sondern er hat nur darüber zu befinden, ob ein Delikt vorliegt oder nicht, und um dies mit Sicherheit feststellen zu können, wird (entsprechend der Restitutionsklage) vielfach eine strafrechtliche Verurteilung notwendig sein. Der zivilprozessuale Nachweis des Delikts wird oft schwer überzeugend geführt werden können. Auf diese Weise würde also nicht von neuem über den alten Prozeß ent-

[49]) Die sachentsprechende Auslegung dieser Bestimmung berechtigt uns zu der Annahme, daß die Klage aus § 826 BGB. von vornherein durch das Gesetz nicht ausreichend gestützt ist, um sich gegen ein rechtskräftiges Urteil wenden zu können.

[50]) Anders im Falle des § 826 BGB.

schieden und die urteilsmäßige Feststellung aufgehoben, sondern nur das Bestehen eines gelegentlich des alten Prozesses begangenen Deliktes festgestellt, das zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Der Gläubiger des alten Prozesses ist zur Naturalherstellung imstande; er hat im Zusammenhange mit dem Delikt eine Forderung zugesprochen erhalten, die unbestreitbar geworden ist und auch an sich garnicht bestritten wird[51]). Das unbestreitbare Bestehen dieser Forderung ist jedoch Deliktsfolge und der Sitz des Schadens. Daher kann er durch die Deliktsklage gezwungen werden, die Forderung aufzugeben.

Will man jedoch überhaupt schon in dem Zulassen eines Delikts einen Verstoß gegen die Rechtskraft erblicken[52]), so ist die Rechtfertigung unserer Ansicht darin zu finden, daß die Berücksichtigung des „Schutzgesetzes" über die Wahrung der Rechtskraft geht[53]). Nach unserer Ansicht steht jedoch die Deliktsklage aus § 823, 2 BGB. auf Aufhebung der Urteilsforderung überhaupt nicht im Widerspruch mit der Rechtskraft, sondern entkräftet sie auf ganz legitimem Wege, indem sie nach urteilsmäßiger Erzwingung der Aufhebung des Anspruches eine materielle Einwendung gemäß § 767 ZPO. zu begründen geeignet ist.

Diese etwas umständliche Methode ist jedoch praktisch unbrauchbar; ja der Nachweis der Berechtigung der Deliktsklage war uns auch nur ein Mittel, um die Deliktseinrede zu rechtfertigen. „Erlangt jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten, so kann der Verletzte die Erfüllung ver-

[51]) Denn sonst wäre ja unsere Deliktsklage gar nicht konstruierbar.

[52]) Hellwig: Recht, S. 726.

[53]) Jedenfalls würde die Klage vom Gericht etwas juristisch Berechtigtes verlangen, nämlich die Verurteilung des Gegners zu einer privatrechtlichen Disposition, nicht aber zur Unterlassung publizistischer Rechte, zu deren Wahrung das Gericht kraft des Urteils verpflichtet ist.

weigern.“ Auf diese Einrede soll — das ist unser Ziel — eine Klage aus § 767 ZPO. gestützt werden: Jemand hat durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung (Betrug, Meineid etc) eine Forderung gegen den Verletzten, nämlich die Judikatsforderung erlangt[54]). Dieser kann die Erfüllung der Forderung verweigern. Erfüllt wird sie hier entweder durch freiwillige Leistung oder in entsprechender Weise durch Vollstreckung. Der Verletzte hat also ein Recht, die durch Zwangsvollstreckung bewirkbare Erfüllung der Judikatsforderung zu verweigern, d. h. er hat ein Recht, die Nichtberechtigung dieser Erfüllung gerichtlich feststellen zu lassen. Er hat also ein Recht, die Vollstreckung für unzulässig erklären zu lassen, weil er eine Einwendung gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch selbst hat, nämlich die Einwendung, daß er deliktisch erlangt sei. Der Grund, auf dem diese Einwendung beruht, ist naturgemäß erst nach dem Schluß der maßgebenden mündlichen Verhandlung entstanden, nämlich mit der Rechtskraft des Urteils[55]). Die Einwendung richtet sich gegen den Anspruch selbst und ist nach der im § 767, 2 ZPO. geforderten mündlichen Verhandlung entstanden. Der Passus des § 853 BGB. „auch dann, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist“ steht, da wir die Deliktsklage selbst anerkannt haben, mit unserer Ansicht in Einklang. Der Anspruch auf Aufhebung der Judikatsforderung verjährt in drei bzw. in dreißig Jahren (gemäß § 852, 1 BGB.). Die Einrede bleibt jedoch selbst

---

[54]) Dies läßt sich auch für die Stein-Hellwigsche Theorie behaupten.

[55]) Vorher ist der Urteilsanspruch gewissermaßen resolutiv bedingt durch die Möglichkeit der Aufhebung seitens der höheren Instanz. Erst infolge der Nichteinlegung bzw. Verwerfung der Rechtsmittel (oder des Einspruchs) ist und bleibt er definitiv (extunc) festgestellt. Der Kausalzusammenhang zwischen Delikt und Judikat wird daher durch die Rechtsmittelfrage nicht unterbrochen, zumal, wenn das Delikt erst in der höheren Instanz oder dort nochmals begangen ist.

nach Ablauf der Verjährungsfrist bestehen. Sie ist eine peremtorische, den Anspruch für alle Zeit mit Wirksamkeit entkräftende Einrede.

Die Vollstreckungsgegenklage auf Grund der Einrede aus § 853 BGB. schiene uns also durchführbar zu sein. Denn wenn man unsere Konstruktion auch nicht direkt gelten lassen will, so ist doch der darin ausgesprochene Gedanke zum mindesten der Analogie fähig. Es handelt sich tatsächlich um zwei wesensgleiche Fälle. Nur ist der eine bereits um eine Stufe weitergerückt, sonst korrespondieren sie vollkommen.

Nunmehr ist noch das Verhältnis der publizistischen zu den materiellen Rechtsbehelfen darzustellen. Die Deliktsklage (§ 823, 2 BGB.) verlangt vom Gegner die Aufhebung des Anspruchs, die Restitutionsklage vom Gericht, die Aufhebung des den Anspruch anerkennenden Urteils. Im Endergebnis haben sie also das gleiche Ziel im Auge[56]). Es stünde (theoretisch) der Partei frei, nach Belieben jede der beiden Klagen zu erheben. Die Durchführung der einen würde jedoch der anderen die Grundlage entziehen. Die Beziehung der beiden Klagen ist natürlich von praktischer Bedeutung nur für die entsprechende Konkurrenz der Restitutionsklage in Verbindung mit dem Antrage aus § 707 ZPO. und der Vollstreckungsgegenklage auf Grund der Deliktseinrede in Verbindung mit dem Antrag aus § 769 ZPO. Auch sie stehen an und für sich in elektiver Konkurrenz. Es ist aber wohl anzunehmen, daß die in der ZPO. geregelten prozessualen Rechtsbehelfe im allgemeinen den Vorzug verdienen[57]) und die privatrechtlichen möglichst nur heranzuziehen sind, wenn die prozessualen versagen, insbesondere, wenn die Restitutionsfrist ab-

[56]) In der Kostenfrage differieren sie wohl. Ersatz der früheren Kosten kann man u. E. contra rem iudicatam mit unserer Deliksklage vom Gegner nicht verlangen.

[57]) Zumal sie auch sachlich günstiger sind (Kostenersatz) und sichereren Erfolg versprechen.

gelaufen ist. Rechtlich zulässig sind die privatrechtlichen u. E. jedoch auch stets.

Wenn nun die Vollstreckung schon vollendet ist, z. B. weil der Schuldner nicht zu ihrer Abwehr die nötigen Schritte getan oder in Unkenntnis des Delikts freiwillig gezahlt hat, so ist die Entschädigung fordernde Deliktsklage als solche (wenigstens nach unserer Ansicht) ausgeschlossen. Denn wegen der Vollstreckung kann nicht Schadensersatz verlangt werden, da sie auf Grund der Rechtskraft erlaubt war, wegen der freiwilligen Erfüllung daher umsoweniger, weil sie nicht ausschließlich Deliktsfolge ist. Hier wäre also nicht die Deliktsklage, sondern nur die Restitutionsklage in Verbindung mit der condictio des § 812 BGB. am Platze. — Wollten wir jedoch nunmehr jede selbständige materielle Klage ausschließen, würden wir inkonsequent sein. Denn wenn der Schuldner in Unkenntnis des Delikts freiwillig gezahlt oder die Vollstreckung hat über sich ergehen lassen, kann er nach Versagen der Restitutionsklage nicht materiell gänzlich rechtlos sein, da er ja die Vollstreckung selbst auf Grund materieller Einrede zurückweisen darf. Wir müssen ihm daher, obgleich wir die condictio contra rem judicatam grundsätzlich für unzulässig halten, für diesen besonderen Fall eine analoge Klage aus §§ 852 II, 812, 813 BGB. gewähren; denn dem Judikatsanspruch stand die peremtorische Deliktseinrede aus § 853 BGB. entgegen. Auch hier stände also wiederum die Restitutionsklage in Verbindung mit § 812 BGB. in Konkurrenz mit der qualifizierten condictio.

Auf Grund dieser von uns genannten Rechtsbehelfe wäre im Falle eines Deliktes eine wirksame Ausbeutung der Rechtskraft in keinem Falle mehr möglich, andererseits aber würde es vermieden, die Rechtskraft in ihrem innersten Wesen zu erschüttern. Denn selbst wenn man sich zu dem Zugeständnisse bequemen würde, daß schon die Zulassung eines Delikts gegen die Rechtskraft verstößt, und wir in diesem Falle der Macht des Delikts den Vorzug vor der Rechtskraft gewähren müßten, würde diese

doch immerhin auf prozessual vorgesehenem, gesetzmäßigen Wege entkräftet, indem durch Geltendmachung der Deliktseinrede gemäß § 767 ZPO. der materielle Anspruch selbst getroffen und damit die Urteilskraft, d. h. die Vollstreckungsfähigkeit, notwendigerweise zusammenbrechen würde. Nicht aber würde der Kern der Rechtskraft auf nicht prozessual vorgesehenem Wege ohne jede Rücksicht auf die ihr entstammenden publizistischen Rechte vernichtet.

Die von uns herangezogenen Rechtsbehelfe sind lediglich zu verwenden:

1. Wenn ein Delikt gegeben ist; doloses Verhalten allein reicht nicht aus, um unter Berufung darauf das öffentliche Institut der Rechtskraft aus dem Felde schlagen zu können.
2. Das Urteil muß durch das Delikt selbst erlangt sein[58]) [59]).

Dies ist ohne weiteres anzunehmen, wenn es auf Grund eines Meineids, einer Nötigung zur Anerkennung ergangen ist. Aber auch in der betrügerischen Veranlassung des Gegners, sich kontumazieren zu lassen, ist der Kausalzusammenhang zwischen Delikt und Urteil gegeben. Es beruht auf der arglistischen Herbeiführung des Nichtbestreitens von Tatsachen, welche gemäß § 331 ZPO.

[58]) Ist auf Grund des Delikts (z. B. Nötigung zum Verzicht gemäß § 306 ZPO.) eine berechtigte Klage durch rechtskräftiges Urteil abgewiesen worden, so entfällt jede Deliktsklage (vgl. S. 75 Anm. 45), denn es fehlt die greifbare Schädigung nach materiellem Recht als Folge des Delikts. Am Mangel des Kausalzusammenhanges scheitert die Deliktsklage auch, wenn das Delikt vor dem Prozesse ohne Beziehung auf ihn begangen ist und ein gemäß § 123 BGB. (wegen Betrugs oder Nötigung) anfechtbarer Anspruch dem Kläger nur infolge eigenen Verschuldens des Beklagten rechtskräftig zugesprochen worden ist, weil dieser z. B. nicht rechtzeitig angefochten, die Deliktseinrede nicht vorgebracht oder sich ohne weiteres hat kontumazieren lassen.

[59]) Das Urteil selbst wird dann meist durch Verzicht, Nichteinlegung von Rechtsmitteln oder auch deren Verwerfung rechtskräftig.

als zugestanden anzusehen waren und dem Urteil zugrunde gelegt werden mußten.

Man wird überhaupt, wenn man den Begriff des Betruges (vor allem im Prozeß) weit genug faßt[60]), fast immer in derartigen und anderen arglistigen prozessualen Schiebungen einen Betrug, eventuell auch nur durch Täuschung dem Gericht gegenüber begangen, erblicken können, da Identität des Getäuschten und Geschädigten mit der herrschenden Ansicht nicht für erforderlich zu halten ist[61]).

Für alle Fälle, wo das ergangene Urteil auf dem Delikt einer Prozeßpartei[62]) beruht, so auch für den vorliegenden, ist unser Resultat, daß die Vollstreckung durch die Restitutionsklage in Verbindung mit dem Antrage aus

[60]) Vgl. besonders Hellwig: Lehrbuch II, S. 45/46, bes. Note 27, Recht S. 725.

[61]) Im Strafrecht wird der Begriff des Prozeßbetruges allerdings sehr eingeschränkt. Man macht dagegen geltend, „eine Täuschung des Richters im Zivilprozesse sei nur möglich, wenn die wissentlich Falsches behauptende Partei ihrem unwahren Vorbringen durch Beweismittel den Anschein der Wahrheit gibt“ (RG. JW. 1905, S. 244, Nr. 16; ebenso v. Liszt, § 139; dagegen Binding: Lehrbuch I, S. 350; Franck: a. a. O., zu § 263 StrGB.), das Urteil beruhe nicht auf der Täuschung, sondern auf dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters.

Diese Argumentation erscheint uns deswegen nicht zutreffend, weil für das pflichtmäßige Ermessen des Richters nur so weit noch Raum bleibt, als das Gesetz es zuläßt. Welcher Spielraum sollte im Versäumnisverfahren noch bleiben, da § 331 ZPO. den Richter ausdrücklich verpflichtet, das tatsächliche mündliche Vorbringen als zugestanden anzunehmen und, soweit dasselbe den Klageantrag rechtfertigt, nach dem Antrage zu erkennen. Also auch ohne (gefälschte) Beweismittel, die der Richter in bezug auf jene Tatsachen gar nicht mehr verlangen darf, muß schon dem gestellten Antrage entsprochen werden.

[62]) Wenn es auf dem Delikt eines Dritten beruht, ist die Deliktsklage gegen die Prozeßpartei natürlich ausgeschlossen; es sei denn daß diese selbst an dem Delikt beteiligt ist (z. B. Anstiftung zum Meineid eines Zeugen). Gegen den Dritten ist dagegen die Deliktsklage ungeachtet des rechtskräftigen Urteils, das nur inter partes wirkt, immer möglich und konkurriert eventuell mit der Restitutionsklage gegen die Prozeßpartei.

§ 707 ZPO. gehemmt wird, daneben jedoch auch die Vollstreckungsgegenklage auf Grund der Einrede aus § 853 BGB. in Verbindung mit dem Antrage aus § 769 ZPO. zulässig wäre[63]). Nach Ablauf der Restitutionsfrist ist letztere allein gegeben; auf diese Weise wäre u. E. auch z. B. im Falle RG. 39 S. 142 oder RG. Bd. 61 S. 364 dem durch Vollstreckung Bedrohten zu helfen[64]).

§ 12.

Wenn wir noch einmal die Gesamtheit unserer Ausführungen betrachten, so ist unser Ergebnis folgendes:

1. Die in der ZPO. nicht genannten Vereinbarungen können nur dem materiellen Recht angehören und als solche sind sie nicht imstande, das dominierende Prozeßrecht zu beeinflußen.
2. Die materiellen Verträge über (den Rechtsschutzanspruch als solchen, wie über) alle subjektiven Prozeßrechte, mögen sie die Unterlassung ihrer

[63]) Es könnte für unseren praktischen Fall zweifelhaft erscheinen, ob die Vollstreckung in Höhe von 400 M. oder 600 M. für unzulässig erklärt werden müßte. Man kann jedoch wohl schwerlich sagen, daß der Judikatsanspruch in Höhe von 400 M. deliktisch, in Höhe von 200 M. rechtmäßig erlangt sei. Die Deliktseinrede kann sich also nur gegen den Gesamtanspruch richten, d. h. die Vollstreckung müßte u. E. in Höhe von 600 M. für unzulässig erklärt werden, und der Geldverleiher wäre genötigt, eine neue Klage wegen der ausbezahlten 200 M. zu erheben. Übrigens würde bei der Restitutionsklage die Sachlage wohl entsprechend sein.

[64]) Was die erste Alternative des Scheinprozesses angeht, der zur Benachteiligung anderer Gläubiger durchgeführt und nur bis zur Pfändung gehen soll, so könnte, im Falle der Gegner vertragswidrig die gepfändeten Gegenstände auch verkauft, vielleicht gemäß § 767 ZPO. durch Vorbringen der Einrede des Erlasses geholfen werden, d. h. man müßte in der Vereinbarung einen Vertrag erblicken, durch den über den (künftigen) Judikatsanspruch eine Vorausverfügung getroffen würde, derart, daß er sofort unterginge. Sehr fraglich würde es aber sein, ob die Erlaßeinrede mit § 767, 2 ZPO. in Einklang steht, da sie aus einem Vorvertrage stammt.

Ausübung oder den prozessualen Rechtsverzicht erzwingen wollen oder gar als Vorverzichtsverträge auftreten, sind prozessual bedeutungslos und materiell nach Analogie von BGB § 306 und 185 nichtig.

3. Die materiellen Verträge über prozessuale Möglichkeiten, die nicht subjektive Rechte sind, sind prozessual wirkungslos, jedoch materiell gültig, wenn sie nicht gegen die guten Sitten oder contra legem verstoßen, und können zum Schadenersatz verpflichten.

4. Die Unhaltbarkeit der Auffassung über die prozessuale Wirksamkeit dieser Verträge zeigt sich im Scheinprozesse.

5. Das unter Einhaltung dieser Verträge ergangene Urteil entfaltet dieselben rechtlichen Wirkungen, wie jedes andere. Wird es zur Vollstreckung gebracht, so gibt es: keine Einrede des simulierten Judikats, keine Einrede aus materiellen Prozeßverträgen. Zur Vermeidung der Ausbeutung der Rechtskraft ist Klage oder Unterlassungsklage aus § 826 BGB. ausgeschlossen, ebenso die exceptio doli generalis auf dem Wege des § 767 ZPO. Nur im Falle eines Deliktes ist als Rechtsbehelf gegeben, die Restitutionsklage, eventuell in Verbindung mit § 812 BGB., daneben jedoch u. E. auch, abgesehen von der mehr theoretischen, die Urteilsforderung aufhebenden Deliktsklage aus § 823. 2 BGB. die Vollstreckungsgegenklage auf Grund der Deliktseinrede aus § 853 BGB., eventuell die qualifizierte condictio aus § 852 II, 812, 813 BGB.

Anhang.

Im Zusammenhang mit der Erörterung über die Durchbrechung der materiellen Prozeßverträge und der Ausbeutung rechtskräftiger Urteile steht auch die bisher noch kaum[1]) geprüfte Frage, ob der Gläubiger für den Schaden, der ihm durch gewisse von der Prozeßordnung auferlegte Opfer, insbesondere prozessuale Sicherheitsleistungen, entstanden ist, im Falle des Obsiegens vom Schuldner in einem neuen Prozeß Ersatz verlangen kann.

Die bisherige Judikatur[2]) hat die Ersatzpflicht verneint, und zwar schon unter Ablehnung der Annahme eines Schuldnerverzuges. Es handelt sich zuvor lediglich um die Frage nach dem Ersatz derjenigen Einbuße, die durch die Hinterlegung einer Geldsumme zur vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils bewirkt worden ist, d. h., namentlich um den Ersatz des Zinsverlustes oder besser gesagt der Differenz zwischen den von einer Hinterlegungsstelle gewährten und den sonst unter normalen Umständen zu erzielenden Zinsen. Dieselbe Frage kehrt jedoch auch wieder bei der Hinterlegung eines Ausländervorschusses (§ 110 ZPO.) einer Arrestsumme (§ 921 II Satz 2 ZPO.[3]).

[1]) LG. und OLG. München: Seuff. Arch., Bd. 62, S. 478, 479. Dispecker (LG. Breslau): Recht 1907, S. 962.

[2]) Abgesehen vom LG. Breslau.

[3]) Schließlich auch eines Zeugen- oder Sachverständigenvorschusses etc.

Wenn ein Verzug nicht gegeben ist so kann naturgemäß von einer Ersatzpflicht nicht die Rede sein, da ein materieller Anspruch dann überhaupt fehlt[4]). Jedoch auch bei Annahme eines Schuldnerverzuges (§ § 284, 285, 276 BGB.) ist die Ersatzpflicht zu verneinen. Zunächst einmal setzt der Verzug des Schuldners das Vorhandensein eines Verschuldens voraus, entfällt also z. B., wenn sich der Schuldner in entschuldbarem Irrtum über seine Leistungspflicht oder die Fälligkeit befunden hat[5]). Man kann es ihm daher auch nicht zum Vorwurf machen, wenn er bei Erhebung der Klage nicht sogleich leistet, den Klaganspruch nicht alsbald anerkennt, sich überhaupt verteidigt, ebenso wenn er nicht sofort nach Erlaß des Urteils auf Rechtsmittel verzichtet, damit auch ja sofort vollstreckt werden kann.

Bejahenden Falles aber hat der Schuldner den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 286, 249 ff. BGB). Bei einer Geldschuld können zunächst Verzugszinsen gefordert werden, ohne daß dadurch die Geltendmachung eines weiteren Schadens, z. B. gemäß § 252 BGB., ausgeschlossen wird (§ 288 BGB.). Es könnte jedoch immer nur Ersatz für denjenigen entgangenen Gewinn gefordert werden, der durch die nicht (rechtzeitig) erfolgte Zahlung entstanden ist: dies z. B. dann, wenn eine Bank nachweisbar Gelder zu höherem Zinsfuß hätte ausleihen oder sich an gewinnbringenden Unternehmungen hätte beteiligen können, durch das Fehlen des schuldigen Kapitals aber daran verhindert worden ist.

Wenn man nun auch die Kosten der Prozeßführung als solche allenfalls als Verzugsfolge gelten lassen kann, so muß doch die Hinterlegung einer Geldsumme zur Ermöglichung der Vollstreckung vor eingetretener Rechtskraft als

[4]) Eine Klage aus § 826 BGB. kommt nicht in Betracht, ebensowenig könnte man sich auf eine etwaige Verletzung der Obligation berufen.

[5]) cf. Planck zu § 284, 7 BGB.

eine Rechtshandlung aufgefaßt werden, die nicht nur in das freie Belieben des Klägers gestellt ist, sondern sogar auf seine eigene Gefahr hin ergehen muß[6]). Die Vollstreckung eines Urteils vor Erledigung der Rechtsmittel gemäß § 710 Fall 3 ZPO. ist als eine besondere Vergünstigung für den Gläubiger aufzufassen und bildet eine Ausnahme von der Regel, der zufolge normaler Weise nur aus rechtskräftigen[7]) Urteilen eine Vollstreckung stattfindet. Aus diesem Grunde muß der Gläubiger, um eine derartige prozessuale Ausnahmemaßregel bewirken lassen zu können, auch ein besonderes Opfer bringen, und zwar ein Opfer, das im Interesse des Schuldners gesetzlich statuiert ist. Der Schuldner soll unbedingt vor Schaden geschützt werden, bevor ihm erschöpfendes Gehör zu seiner Verteidigung gewährt worden ist.

Jenes eigenmächtige Vorgehen des Gläubigers, das auf sein Risiko hin ergehen soll, darf also nicht als eine normale gewöhnliche Folge des Schuldnerverzuges angesehen werden. Daher kann für den durch den Zinsverlust entstandenen Schaden auch nicht der Schuldner verantwortlich gemacht werden, denn dieser soll ja gerade geschützt werden, selbst wenn es sich herausstellt, daß er im Unrecht war. Er wird ja schon durch die sich in den oberen Instanzen erhöhenden Kosten, die sich mehrenden Verzugs- bezw. Prozeßzinsen und die eventuelle Pflicht zum Ersatz sonstigen Schadens vor leichtsinniger und in Verschleppungsabsicht erfolgender Einlegung von Rechtsmitteln genugsam verwarnt.

Der Schaden des Klägers ist nicht die rechtliche Folge des Schuldnerverzuges. Als Ursache im Rechtssinne kann nicht jede „condicio sine qua non“, sondern nur diejenige Bedingung betrachtet werden, die unter normalen Um-

[6]) Vgl. § 717 ZPO. und Gaupp-Stein dazu.

[7]) Auch aus Urteilen, die gemäß §§ 708, 709, 710, Fall III, ZPO. für vorläufig vollstreckbar erklärt sind, darf die Vollstreckung ergehen; jedoch kann hier ebenfalls eine Sicherheitsleistung erforderlich werden (§ 713, I, ZPO.).

ständen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge (generell) geeignet ist, den betreffenden Erfolg herbeizuführen[8]). Demgemäß kann u. E. die regelwidrige Hinterlegung zur vorzeitigen Vollstreckung, deren Berechtigung auch erst besonders durch Urteil ausgesprochen werden muß, nicht als dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsprechend angesehen werden. Ein Kausalzusammenhang zwischen Verzug und Schaden ist daher überhaupt nicht vorhanden bezw. durch en freien menschlichen Willen unterbrochen[9]).

Abgesehen von dem Mangel der Kausalität scheitert die Möglichkeit einer Ersatzpflicht jedoch auch an der Erwägung, daß in gleichem Maße, wie man für den Gebrauch publizistischer Rechte unter Durchbrechung von materiellen Prozeßverträgen oder unter Verstoß gegen die guten Sitten nicht haftbar gemacht werden kann, auch nicht in einem neuen Prozeß Ersatz dafür verlangt werden kann, daß im alten Prozeß der Gläubiger gewisse prozessuale, vom Gesetz statuierte, ihm aber unbequeme Voraussetzungen zur Durchsetzung (besonderer) staatlicher Maßnahmen hat erfüllen müssen. Ein materieller Schadensersatzanspruch kann sich nur auf die Verletzung eines Privatrechtsguts stützen. Dafür aber daß der Staat vom Kläger verlangt, daß er zur Erteilung besonderen Rechtsschutzes gewisse außerordentliche Bedingungen erfüllen muß, die dem Gläubiger materielle Opfer jedoch innerhalb des prozessualen Rahmens vom publizistischen Standpunkt aus auferlegen, kann der Gegner nicht verantwortlich gemacht werden, selbst wenn er im Verschulden ist, und bei dem bezeichneten Falle würde es als ein innerer Widerspruch erscheinen, wenn der Beklagte den Kläger entschädigen müßte für die Hingabe derjenigen Kautelen, die in seinem Interesse dem

[8]) So die für das Zivilrecht vorherrschende Theorie der „adäquaten Verursachung", auch RGZ.

[9]) In letzterem Ergebnisse würden vielleicht auch die Vertreter der Bedingungstheorie (bes. v. Liszt) übereinstimmen.

Gegner vom Gesetze auferlegt sind[10]). Es würde dies ganz offensichtlich der ratio legis widersprechen. Außerdem wäre bei Zulassung derartiger Klagen überhaupt kein Ende abzusehen, denn nun könnte der Kläger wiederum in einem neuen Prozeß Schadenersatz für den Zinsverlust verlangen, der durch eine neue Hinterlegung zur Ermöglichung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des zweiten Urteils entstanden ist usw. in infinitum.

Die übrigen Fälle liegen allerdings äußerlich etwas anders. Die Zahlung eines Ausländervorschusses ist unter Umständen auf Verlangen des Beklagten die notwendige Bedingung zur Führung eines Prozesses für einen Ausländer, (gemäß § 110 ZPO.), ebenso kann die Hinterlegung einer Arrestsumme zur Ermöglichung des Arrestes erforderlich werden (§ 921 II ZPO.). Sachlich ist jedoch die Rechtslage die gleiche[11]). Jene Sicherheitsleistungen, die den Kläger auf materiellen Boden schädigen, spielen sich nicht mehr auf dem materiellen Rechtsgebiet, sondern schon innerhalb der höheren, prozessualen Sphäre ab, und staatlich geforderte Opfer, die sich als Folgen des öffentlichen Rechtes darstellen, können nicht in das private Rechtsleben hinabgezogen werden.

---

[10]) Auch wenn sie nur unter Aufnahme eines hochverzinslichen Darlehns aufgebracht werden können. A. A. LG. Breslau: Recht 1907, S. 962. Der Gläubiger ist ja nicht genötigt, von der ihm vom Gesetz eröffneten Möglichkeit Gebrauch zu machen. Auch die Erwägung des Parallelfalles (§ 713, II, ZPO.) zeigt die Unrichtigkeit dieser Auffassung.

[11]) Werden die Sicherheitsleistungen nur auf Antrag des Beklagten erfordert (§§ 110, 713, I, ZPO.), so ist die Kausalität sogar noch viel zweifelhafter.

Ob ein obligatorischer Vertrag, der den Beklagten nach dieser Richtung hin beschränken soll, für gültig zu halten ist, hängt davon ab, ob wir diese Fähigkeit des Beklagten auf Beantragung von Sicherheitsleistungen als ein subjektives Prozeßrecht oder nur als eine prozessuale Möglichkeit betrachten. Letzteres ist wohl zutreffend und dem Vertrag somit Wirksamkeit zuzusprechen.

M. a. W. für die Notwendigkeit der Befolgung von der öffentlichen Rechtsordnung (Prozeßordnung) gesetzter Vorschriften zur Ermöglichung von Staatsakten, die einer Partei materielle Opfer innerhalb des prozessualen Rahmens auferlegen, kann sinngemäß nicht der unterliegende Gegner haftbar gemacht werden, da an einer solchen Schädigung nicht der, wenn auch schuldhaft handelnde Gegner, sondern höchstens das Gesetz selbst die Schuld trägt.